Álvaro Nora
Librería Jurídica




ISBN: 978-980-00-2722-6

María Luisa Tosta

GUÍA DE INTRODUCCIÓN AL DERECHO

2015



María Luisa Tosta

GUÍA DE INTRODUCCIÓN AL DERECHO



Segunda edición









Caracas, 2015

MARÍA LUISA TOSTA
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

GUÍA DE INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Segunda edición



LIBRERIA ALVARONORA
CARACAS 2015

GUÍA DE INTRODUCCIÓN AL DERECHO
María Luisa Tosta

© Librería Alvaronora
Caracas, Venezuela.
Apartado postal: 1010
Producción: Librería Alvaronora, C.A.
Diseño de portada y diagramación:
Reyna Contreras (reynacontre@gmail.com)
Segunda edición 2015
ISBN: 978-980-00-2722-6
Depósito Legal: lf86620123403538
Hecho el Depósito de Ley
Impreso por:
Editorial Retina
Telf.: (0212) 860 11 36
Caracas - Venezuela

ÍNDICE

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN 9
PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN 11

CAPÍTULO 1
CIENCIA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO 13
1. Nociones de Filosofía y Ciencia 13
2. Estudios sobre el Derecho 23
Esquema 25
Cuestionario 27

CAPÍTULO 2
DERECHO, MORAL Y CONVENCIONALISMOS SOCIALES 29
1. Conceptos de Derecho, moral y convencionalismos sociales 29
2. Relaciones históricas entre moral y Derecho 31
3. Caracteres de distinción entre moral, Derecho y convencionalismos sociales 32
4. Teorías sobre convencionalismos sociales, moral y Derecho 36
Esquema 39
Cuestionario 41

CAPÍTULO 3 43
TERMINOLOGÍA ELEMENTAL 43
1. Derecho objetivo y derecho subjetivo 43
2. Derecho natural y derecho positivo 44
3. Validez de la norma jurídica 45
Esquema 47
Cuestionario 49

CAPÍTULO 4
FINES DEL DERECHO 51
1. Introducción 51
2. Justicia 53
3. Bien común 55
4. Seguridad jurídica 56
5. Tolerancia 61
6. Estado de Derecho 63
Esquema 68
Cuestionario 70

CAPÍTULO 5
NORMA JURÍDICA 73
1. Nociones básicas 73
2. Elementos lógicos de la norma 74
3. Doble estructura de la norma jurídica 76
4. Análisis lógico de la norma jurídica 77
5. Tipo de juicio en que se formula la norma 81
6. Generalidad y abstracción 82
Esquema 84
Cuestionario 86

CAPÍTULO 6
ESTRUCTURA JERÁRQUICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO .. 87
1. Estructura jerárquica 87
2. Pirámide jurídica 88
3. Creación y aplicación de Derecho 93
4. Producción originaria y derivativa 94
5. Norma Fundamental 94
6. Validez y eficacia de un orden jurídico y de una norma 96
7. Conflictos entre normas o antinomias 96
Esquema 100
Cuestionario 102

CAPÍTULO 7
CLASIFICACIONES DE LAS NORMAS JURÍDICAS 103
1. Por el sistema a que pertenecen 103
2. Por su fuente 103
3. Por el ámbito de validez 104

4. Por su sanción 106
5. Por su redacción 106
6. Por su relación con la voluntad de los particulares 106
Esquema 110
Cuestionario 114

CAPÍTULO 8
DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO 115
1. Teorías sobre la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado 115
2. Sub ramas del Derecho Público 117
3. Sub ramas del Derecho Privado 122
4. Derecho Mixto 123
Esquema 125
Cuestionario 126

CAPÍTULO 9
LA RELACIÓN JURÍDICA 127
1. Introducción 127
2. Teorías sobre la relación jurídica 129
3. Teorías tradicionales 131
4. Teoría de Kelsen 132
5. Situación jurídica 133
Esquema 134
Cuestionario 136

CAPÍTULO 10
DERECHO SUBJETIVO Y DEBER JURÍDICO 137
1. Derecho subjetivo 137
2. Teorías tradicionales sobre derecho subjetivo 139
3. Teoría de Kelsen sobre derecho subjetivo 140
4. Clasificación de los derechos subjetivos 142
5. Deber jurídico 145
Esquema 148
Cuestionario 153

CAPÍTULO 11
SUJETO DE DERECHO 155
1. Introducción 155
2. Clasificación de las personas 156
3. Teorías tradicionales sobre personas colectivas 157

4. Teoría de Kelsen 160
Esquema 163
Cuestionario 165

CAPÍTULO 12
OBJETO DE DERECHO 167
1. Introducción 167
2. Clasificación de los bienes 168
3. Patrimonio 172
Esquema 174
Cuestionario 176

CAPÍTULO 13
HECHO Y ACTO JURÍDICO 177
1. Noción de hecho jurídico 177
2. Clasificación de los hechos y de los actos jurídicos 179
Esquema 182
Cuestionario 183

CAPÍTULO 14
FUENTES DEL DERECHO 185
1. Introducción 185
2. Clases de fuentes 187
3. Enumeración de las fuentes formales 188
Esquema 189
Cuestionario 190

CAPÍTULO 15
LAS LEYES 191
1. Introducción 191
2. Leyes formales 192
3. Decretos leyes 199
4. Reglamentos 200
Esquema 202
Cuestionario 203

CAPÍTULO 16
COSTUMBRE JURÍDICA 205
1. Definición y elementos 205

2. Valoración de la costumbre a través del tiempo 206
3. Costumbre en relación con la ley 207
4. La costumbre en Venezuela 208
5. Instancias de justicia indígena 209
Esquema 211
Cuestionario 212

CAPÍTULO 17
LA JURISPRUDENCIA 213
1. Diversas acepciones de jurisprudencia 213
2. Carácter de fuente 214
3. Tribunales 218
4. Sentencia Judicial 222
5. Resolución administrativa 225
6. Recursos Contencioso Administrativos 226
Esquema 230
Cuestionario 233

CAPÍTULO 18
NEGOCIO JURÍDICO 235
1. Noción 235
2. Elementos del negocio jurídico 237
3. Clasificación de los negocios jurídicos. 242
4. Efectos de los negocios 243
5. Terminación de los negocios jurídicos 243
6.Extinción de las obligaciones 244
Esquema 245
Cuestionario 247

CAPÍTULO 19
APLICACIÓN DEL DERECHO 249
1. Introducción 249
2. Teoría tradicional de la aplicación del Derecho 250
3. Principios para los jueces 252
4. Aplicación en el tiempo 255
5. Aplicación en el espacio 258
Esquema 260
Cuestionario 261

CAPÍTULO 20
INTERPRETACIÓN DEL DERECHO 263
1. Introducción 263
2. Clases de interpretación 264
3. Métodos de interpretación 266
4. Doctrina de Kelsen 268
Esquema 271
Cuestionario 272

CAPÍTULO 21
INTEGRACIÓN DEL DERECHO 273
1. Doctrina tradicional 273
2. Doctrina de Kelsen 274
3. Medios de integrar el Derecho 276
Esquema 284
Cuestionario 285

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 287

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

Hace muchos años, en 1980 para ser precisos, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela decidió publicar unas *Guías* de estudio para los alumnos que cursaran la carrera por el sistema de Libre Escolaridad. En esa década se elaboraron una serie de folletos con esta finalidad. Entre ellos, había una *Guía de Introducción al Derecho*, que se realizó de acuerdo a las indicaciones adoptadas para todos los materiales. Obedecía, en ese sentido, a la idea de una especie de Antología de textos reconocidos de Introducción al Derecho, complementada con esquemas y ejercicios. La última vez que se reprodujo esa Guía fue en 1996, después de lo cual el Derecho venezolano ha experimentado cambios notables. Por estar desactualizada, la obra no se imprimió más.

Esta publicación que ahora se presenta, no sigue los lineamientos de aquella Guía anterior, en el sentido de que no constituye una Antología. Pero sí continúa la idea de los esquemas y cuestionarios, que facilitan la tarea de los estudiantes.

De modo que no es por casualidad que esta obrita lleva por título *Guía de Introducción al Derecho* y no los más frecuentes de *Introducción al Derecho o Manual de Introducción al Derecho*. El título quiere dar idea de la modestia de su alcance. Sólo quiere ser útil a los estudiantes de Derecho, sin mayores pretensiones. No intenta, ni mucho menos, constituir una exposición original de la Teoría General del Derecho; más bien se limita a recopilar opiniones de algunos autores de ésta y de otras materias, sin hacer muchas citas, ajustando las nociones a la evolución del Derecho venezolano. No es un trabajo para académicos, sino para estudiantes que dan sus primeros pasos en los estudios jurídicos.

La inclusión de esquemas y cuestionarios en cada capítulo está en la misma línea de razonamiento. La idea es hacer más gráfica la materia con los esquemas; y las preguntas de los cuestionarios con frecuencia se encaminan a crear dudas y necesidad de reflexión, que obligue a volver sobre el texto, o a buscar la ayuda de un profesor. El ideal sería que el alumno leyera esta *Guía* antes de ir a clases y allí aprovechar para resolver dificultades y discutir puntos concretos. La reunión con un profesor de la materia se considera de extrema importancia para solventar todo lo que no haya quedado claro y asegurarse de haber comprendido los temas de manera idónea. Lo mismo que se hace necesaria la lectura de obras de Introducción al Derecho, que complementen la información requerida.

Siendo un trabajo realizado en Venezuela, hay abundantes citas de la legislación nacional y algunas referencias a la jurisprudencia local. En vista de los cambios tan frecuentes en la legislación venezolana de los últimos tiempos, se indica la fecha de promulgación de códigos y leyes, previendo cualquier derogación. Si hay modificaciones legislativas o jurisprudenciales con posterioridad, será cosa de ir adaptando el texto a las variaciones que se presenten.

Es de elemental justicia incluir en este Prólogo una palabra de reconocimiento al Profesor Luis Marín Rengifo, quien leyó todo el material e hizo valiosas observaciones; e igualmente al Bachiller Jonathan García Velandia, por su colaboración en la trascripción y mejoramiento de los esquemas de cada capítulo.

Caracas, agosto de 2012.

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

La primera edición de esta *Guía de Introducción al Derecho,* que apareció en octubre de 2012, fue preparada con cierta premura, a tiempo para el inicio de aquel año académico. Las circunstancias económicas prevalecientes en los últimos tiempos en Venezuela han dificultado la importación de textos, por lo que urgía la preparación de material necesario para la formación de los estudiantes. En poco tiempo se agotó la edición, por lo cual apareció una reimpresión en junio de 2013. También se agotó esta impresión en los primeros meses de 2014, pero la necesidad de introducir algunas mejoras en la obra ha demorado la segunda edición.

La idea que orientó la elaboración del libro desde el principio no fue la de producir una teoría original, ni una recopilación amplia de opiniones doctrinarias, que mostraran los mejores aportes realizados en el área de la *Introducción al Derecho.* Lo que se ha pretendido es ofrecer una ayuda sencilla a quienes se inician en el estudio de la asignatura, reduciendo al mínimo las citas de autores, incluyendo lo indispensable para dar una visión de conjunto de los temas.

Para la segunda edición ha prevalecido la preocupación por hacer cada vez más clara la exposición de la materia. En este orden de ideas, la experiencia docente ha mostrado la necesidad de introducir algunos cambios en el enfoque de puntos como lo relativo al conocimiento científico y filosófico del capítulo 1, para entender mejor los diferentes tipos de estudio sobre el Derecho. Se redactó de nuevo buena parte del capítulo, que estaba muy resumido, ampliando los ejemplos para hacer más accesible la idea de la Filosofía como saber totalizador y desarrollando los caracteres de las disciplinas científicas y los estudios normativos.

También el capítulo 4 sufrió alguna ampliación. Al enfoque clásico, de considerar fines del Derecho como la Justicia y el Bien Común, ya se

había añadido con anterioridad el análisis de la Tolerancia, indispensable en épocas de sectarismos en las ideas. Para esta edición se observó que uno de los objetivos de los sistemas jurídicos modernos es el logro de la consolidación del Estado de Derecho. Se incluye ahora, pues, la noción, así como los principios básicos para su realización, coincidentes en parte con los principios necesarios para la Seguridad Jurídica y la Tolerancia.

En otros capítulos se agregaron actualizaciones, con novedades en materia legislativa y jurisprudencial, así como cambios de redacción a lo largo de toda la obra, buscando fundamentalmente subrayar los puntos focales en la exposición de las materias, destacando lo relativo a nociones, clasificaciones, caracteres, etc. Se trató de llamar la atención del estudiante, para que fije en su memoria lo fundamental de cada tema. De allí que se incrementara el uso de letra cursiva en esos casos, para esta edición.

Es de desear que la obra resulte de alguna utilidad y que profesores y alumnos hagan sugerencias, que puedan resultar en beneficio de todos.

Caracas, febrero de 2015

CAPÍTULO 1

CIENCIA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

El objetivo de este capítulo es conocer ciertas disciplinas que estudian al Derecho; concretamente a la Filosofía del Derecho y a lo que suele llamarse la Ciencia del Derecho. Hay que observar que la palabra Derecho se usa tanto para referirse a la disciplina que estudia al objeto como al objeto mismo, ya que un estudiante puede decir que está estudiando Derecho, para referirse a la carrera que tiene por objeto al Derecho precisamente. De modo que hay dos acepciones implicadas cuando se dice que quien estudia Derecho se ocupa del Derecho. Hay muchas otras acepciones de la palabra, como cuando se exclama que "no hay derecho a que sucedan estas cosas", o cuando se dice "yo tengo derecho a saber lo que pregunto", pero este capítulo tiene que referirse a las dos acepciones inicialmente mencionadas, porque la Filosofía del Derecho y la llamada Ciencia del Derecho son disciplinas que se ocupan del objeto Derecho. Hay que explorar, entonces, de qué se ocupan la Filosofía del Derecho y la Ciencia del Derecho y qué es el Derecho. Lógicamente, hay que comenzar por saber qué es la Filosofía y qué la Ciencia.

1. Nociones de Filosofía y Ciencia

A. Carácter plural de las nociones

Para poder hablar de Ciencia del Derecho y de Filosofía del Derecho es necesario comenzar por tener una noción, aunque sea breve, de lo que son la Ciencia y la Filosofía en general. La tarea no es sencilla, sin embargo; el problema comienza por el hecho de que no hay una definición única de cada uno de estos conceptos. No hay acuerdo entre los estudiosos a través de los años y ni siquiera en un mismo momento. Hay más de una definición

y caracterización tanto de la Filosofía como de la Ciencia. A través del tiempo ha ido variando la manera de entender estas dos nociones y aún en una misma época se encuentran varios modelos de estas disciplinas. Por eso hay que hablar de pluralidad de nociones.

Durante la Antigüedad y la Edad Media no se distinguía netamente entre Filosofía y Ciencia, prácticamente eran una misma cosa. En cuanto a las materias que hoy estudian las ciencias sociales, no eran trabajadas de la manera como actualmente se entiende la Ciencia, sino más bien de un modo normativo. Es decir, no se estudiaba cómo era una sociedad, sino cómo debía ser ella. No se estudiaba la realidad de la sociedad, sino un modelo o norma a seguir. La separación de la Filosofía y de la Ciencia se produce realmente en la Edad Moderna, a partir del siglo XVI, y el nacimiento de las ciencias sociales como disciplinas empíricas pertenece al siglo XIX.

B. Semejanzas de las dos nociones

Si bien hoy en día se consideran diferentes los conocimientos científicos y los filosóficos, a pesar de las discrepancias, es posible encontrar caracteres comunes.

a) Ambas disciplinas son *teorías*, o sea que constituyen una actividad racional que intenta explicar algo; son hipótesis para relacionar y explicar fenómenos.

b) Ambas trabajan con conocimientos *generales*, que se refieren a un número indeterminado de casos.

c) En ambos estudios las nociones están organizadas *sistemáticamente* (conjunto de afirmaciones relacionadas entre sí) y de forma deductiva, es decir, que las afirmaciones forman parte de un sistema y las proposiciones más generales sirven de fundamento a las menos generales.

C. Diferencias de las nociones

Las diferencias entre la Ciencia y la Filosofía se pueden organizar de acuerdo a tres criterios: por el objeto, por el método y por el resultado.

a) Por el objeto. En Filosofía se suelen distinguir varias clases de objetos. Hay acuerdo entre los filósofos en hablar de objetos empíricos y objetos

ideales, pero algunos de ellos proponen considerar una tercera clase de objetos, los metafísicos, categoría que, sin embargo, es descartada por otros. Se entiende por *objetos empíricos* los que se dan en la experiencia, es decir, en un tiempo y un espacio determinados. Estos objetos se conocen por la percepción, se captan por los sentidos. Un árbol, un animal, comienzan y terminan su existencia en un lapso que puede precisarse y ocupan un lugar en el espacio. Se toma conocimiento de ellos de manera sensorial. En cambio los *objetos ideales* están sólo en el pensamiento, no se encuentran en la experiencia, no están limitados por tiempo y espacio; no se conocen por los sentidos, sólo son inteligibles, sólo se los puede pensar. No se puede decir que existen, porque no tienen principio y fin, de modo que sólo se dice que son; uno no puede ver o tocar un triángulo, aunque puede ver una representación del mismo (no debe confundirse el triángulo con su representación), pero uno puede entender perfectamente lo que es una figura plana, limitada por tres líneas rectas, cuyos ángulos internos suman 180 grados.

Además de los objetos empíricos e ideales, algunos filósofos hablan de los *objetos metafísicos*, que no están limitados por el tiempo y el espacio, que no se conocen de manera sensorial, que están más allá del mundo físico (por eso se habla de metafísicos), es decir, que no son empíricos, a pesar de lo cual se dice que tienen existencia, con lo cual tampoco son objetos ideales. Por ejemplo, se dice que Dios es eterno, infinito, no tiene principio ni final, pero se afirma su existencia. Igual sucede con el alma o con la libertad, no pueden probarse en la experiencia, pero se dice que existen Los objetos empíricos e ideales son objetos de conocimiento. Los objetos metafísicos son objetos de creencia.

Ahora veamos cuáles son los objetos de que se ocupan el conocimiento científico y el filosófico. En el caso de la Ciencia, ella ha de tener un objeto bien delimitado y empírico, que se produzca en la experiencia. En cambio la Filosofía tiene un objeto muy amplio e impreciso: todo lo que es; lo cual significa que se ocupa de distintos tipos de objetos. Cada ciencia trabaja con un objeto específico, construyendo una teoría sobre ese objeto. Por su parte la Filosofía se eleva por encima de todas estas teorías, para tratar de abarcarlo todo. Por esta razón se suele describir a la Filosofía como una teoría de teorías. Cada ciencia constituye una teoría sobre un objeto determinado,

mientras que la Filosofía teoriza sobre estas teorías, es decir, sobre el saber en general. De modo que hay una gran diferencia entre ambas disciplinas por el objeto de cada una de ellas.

b) Por el método, porque un objeto tan amplio como el que tiene la Filosofía, exige una *pluralidad de métodos de conocimiento.* La Ciencia, por su parte, exige un *método empírico,* es decir, comprobable en la experiencia, que sea común a los investigadores, que esté al alcance de cualquier investigador en ese campo.

c) Por el resultado, ya que la pluralidad de métodos de la Filosofía no permite una única manera de resolver las discrepancias de opinión; no hay acuerdo en este punto, razón por la cual no hay forma de descartar un conocimiento como errado, sino más bien de *acumular los distintos conocimientos.* En cambio, al contar la Ciencia con la posibilidad de contrastar las afirmaciones con la experiencia, ya que hay unanimidad en la comunidad científica sobre el asunto, es posible que si falla una afirmación en la comprobación empírica se la descarte como falsa. En vez de acumulación de conocimientos, se van *descartando proposiciones que se comprueben falsas* y se tiene la impresión de un progreso en el conocimiento.

D. Caracteres propios de la Ciencia y de la Filosofía

Después de ver caracteres que son comunes a las dos disciplinas y caracteres que las diferencian, es conveniente examinar los que son propios de cada una de estas ramas del saber, al menos para una noción de la Ciencia y de la Filosofía como la que se adopta en esta obra.

De la Filosofía puede decirse que su rasgo principal es el de constituir un *saber totalizador.* Es preciso entender por qué se habla de saber totalizador, lo cual intentaremos hacer a través de un recorrido de semejanzas y diferencias entre objetos. Hay una serie de ciencias particulares, cada una de las cuales tiene su objeto propio; por ejemplo, la botánica se ocupa de las plantas, mientras que la zoología estudia los animales. Si uno piensa en los animales, uno puede observar que hay características similares y otras diferenciadoras entre ellos. Tratemos de reflexionar un poco, a través de ejemplos, en el caso de que se estudien los animales. Podría suceder que alguien se preguntara qué relación hay entre unos animalitos llamados los demonios de tazmania y los perros, que son mucho más conocidos que los llamados demonios. Cabe recordar que los demonios son marsupiales,

mientras que los perros son placentarios. Pero al fin y al cabo tanto los marsupiales como los placentarios son mamíferos, a diferencia de las aves, o los reptiles, o los peces, que no lo son. Sin embargo, a pesar de las diferencias de los mamíferos con los otros animales, todos ellos son vertebrados, cosa que no sucede con los protozoarios. Ahora bien, sean vertebrados o sean protozoarios, son animales y pueden trasladarse de un lugar a otro, en contra de lo que ocurre con las plantas. No obstante, los animales y las plantas son seres animados, característica de que carecen las piedras. Y aún los seres animados y los inanimados tienen algo en común: son objetos empíricos, que se dan en la experiencia, mientras que eso no sucede con los números o con las figuras geométricas, que son objetos ideales. A pesar de todo, aún podemos encontrar una noción común que abarque objetos empíricos y objetos ideales y es la noción de SER.

Así como la mente puede indagar por una noción que abarque a todos los entes, a todo lo que hay, de igual forma el entendimiento quiere hallar la relación existente entre las distintas ciencias particulares y los principios comunes a todas ellas. Porque cada ciencia tiene su campo de trabajo, pero tiene que haber un fundamento que ellas compartan. Por ejemplo, la zoología y la botánica pueden reunirse en la biología y diferenciarse de la física y de la química. No obstante, todas ellas son parte del conocimiento científico, con unas características específicas, que no coinciden con las que presentan la lógica, la matemática o el arte. Sin embargo, por encima del conocimiento científico, artístico, matemático, etc., se encuentra un denominador común, la idea de CONOCIMIENTO. Cada rama del saber trabaja su propio terreno, cada una elabora una teoría sobre su objeto, pero ninguna de ellas se dedica a estudiar lo que es el CONOCIMIENTO en general, o lo que es el SER en tanto que ser. De esto es de lo que se ocupa la Filosofía. Ahora sabemos por qué se dice que la *Filosofía* es un *saber totalizador,* es una *teoría de teorías.* Sus ramas son la Ontología, o estudio del ser; la Gnoseología, o estudio del conocimiento; y la Axiología, o estudio del valor.

En cambio lo característico de la Ciencia es que constituye un *saber comprobable empíricamente* y que su comprobación sea intersubjetiva. Si no hay la posibilidad de comprobar un conocimiento por la experiencia, no es científico. Las proposiciones científicas tienen que poder comprobarse empíricamente y ser repetidas por cualquier científico de la misma especialidad. Cualquier afirmación que se haga en terrenos científicos debe poder llevarse a la prueba de los hechos y debe poder hacerlo cualquier

estudioso de la rama correspondiente. Si en los hechos la afirmación no se cumple, se considera que es falsa y se descarta. Así pues, la característica propia del *conocimiento científico* es la *contrastación empírica intersubjetiva.*

E. Clases de estudios y sus características

De acuerdo al objeto que estudian, las ciencias se suelen clasificar en *ciencias naturales* y *ciencias sociales.* Interesa precisar si los estudios de Derecho que hacen los abogados forman parte de alguno de los dos tipos de ciencia, para lo cual será útil examinar comparativamente las características de tales ciencias, con aquellas que son propias de los estudios jurídicos y que se denominarán *disciplinas normativas*, en vista de que trabajan con normas.

	Ciencias Naturales	**Ciencias Sociales**	**Disciplinas Normativas**
Objeto de estudio	Fenómenos Naturales	Fenómenos Sociales	Normas
Ámbito	Lo que es	Lo que es	Lo que debe ser
Formulación de las leyes	Si es A es B	Si es A es B	Si es A debe ser B
Finalidad de las leyes	Describir	Describir	Prescribir
Comprobación de las leyes	Empírica	Empírica	Formalizada
Relación de las leyes	Determinación	Determinación	Imputación

Objeto de estudio

El objeto de las ciencias naturales son los *fenómenos naturales*, que son objetos empíricos. Son aquellos fenómenos que rodean al hombre, todo lo que no sea producto del hombre viviendo en comunidades. En cambio los *fenómenos sociales*, que también son objetos empíricos, se refieren al hombre como ser social, al hombre actuando en la sociedad. Desde luego, la condición social del hombre es algo natural, pero se distingue entre fenómenos naturales y fenómenos sociales por conveniencia para su estudio. Las disciplinas normativas trabajan con normas, pero no considerándolas como fenómenos, sino como *objetos morales.* Veremos por qué. Se entiende la norma como un modelo o un patrón para una conducta considerada libre. En tanto que modelo o patrón, la norma pide que una conducta se

ajuste al comportamiento que ella propone. La norma no trata de explicar la realidad, más bien ella se propone dirigir los actos de las personas. Cuando la norma dice que debe ser el respeto a la vida de los demás, no está explicando lo que sucede verdaderamente, está expresando lo que desea que ocurra.

La norma no dice lo que es, sino lo que debe ser. Son dos esferas muy distintas. *Lo que es* tiene que ver con la realidad, con la experiencia, con lo que sucede en el tiempo y el espacio. Lo que *debe ser* no está en la experiencia, en los hechos. Por eso la norma en este tipo de estudio no es analizada como un objeto empírico, propio de un estudio científico, sino en la perspectiva de lo que debe ser, que es un plano moral.

Lo que la norma propone como debido es un *valor*, algo que se debe acoger, aceptar. Si se dice que hay que respetar la vida ajena, significa que la vida se considera un valor. Los valores tienen que ver con los sentimientos, con las preferencias, con los gustos o intereses de las personas, con la subjetividad de los individuos, cosas que no tienen la objetividad propia de la Ciencia. Si se acepta lo que la norma dice, en lugar de interrogarse sobre ella, el enfoque es moral, no científico.

La norma se dicta para una *conducta considerada libre.* Si la conducta no se presupone libre, la norma no tiene ningún sentido. ¿Para qué se ordenaría algo a un ser que no suponemos en capacidad de escoger la conducta debida? La ley de la gravedad nos explica que los cuerpos son atraídos hacia la tierra; los cuerpos no son libres de caer o no caer, ellos caen. En cambio las normas presuponen la libertad, que es algo que no se puede comprobar en la experiencia. La libertad, entonces, es un objeto moral, que resulta inseparablemente unido a la idea de norma. Esta manera de ver las normas, como patrones para conductas libres, no es un enfoque científico, ya que *no se refiere a hechos*, trabaja con *valores*, que pertenecen a la subjetividad y presuponen la *libertad*, que no puede probarse en la experiencia; es un enfoque moral. Lo determinante entonces es la manera como se considera el objeto. Hay que advertir que un mismo objeto puede ser estudiado *como un fenómeno*, desde un punto de vista científico, o *como un objeto moral*, en una perspectiva normativista. Las *normas* son estudiadas por la Sociología Jurídica de una manera diferente a como son estudiadas por los abogados; para los sociólogos las normas son fenómenos, para los abogados las normas

son objetos morales. El objeto es el mismo, las normas, pero el análisis se hace con una metodología distinta en cada caso.

Ámbito

En el párrafo anterior ya se señaló que son dos ámbitos muy diferentes el nivel de *lo que es* y el de *lo que debe ser*. El estudio científico se refiere a la experiencia, mientras que la esfera de lo que debe ser, que constituye el terreno propio de las disciplinas normativas, es un plano moral. Cuando una ley natural o social hace una afirmación, está describiendo algo que ocurre en los hechos; en cambio cuando una norma dice que no se debe robar, no está diciendo lo que pasa efectivamente en una sociedad, no está asegurando que en esa comunidad no se roba, está hablando de lo que debe ser, que es un plano diferente al de la realidad. Lo que debe ser está en un plano moral. Es muy diferente trabajar una norma como un fenómeno de la realidad, para examinar su relación con otros fenómenos sociales, que analizarla con independencia del contexto social, para precisar lo que la norma ordena y obedecerla. En el primer caso se trata de un examen de ciencia social, en el segundo es el punto de vista moral, que es el que adoptan las disciplinas normativas.

Formulación de las leyes

Las leyes de las ciencias naturales y sociales se elaboran con el esquema *"Si es A es B"*. En esa fórmula A y B representan fenómenos que las leyes vinculan. Por ejemplo, si se calienta una barra de metal (fenómeno A), sucede que el metal se dilatará (fenómeno B). Si es A, es B. Las normas, en cambio, se expresan con el modelo *"Si es A debe ser B"*, donde A y B expresan conductas libres que la norma relaciona. Es el caso cuando se dice: si firmas un contrato (conducta A), debes cumplir con las obligaciones contraídas (conducta B). Si es A, debe ser B.

Finalidad de las leyes

La finalidad de las leyes empíricas, sean naturales o sociales, es *describir* algo que sucede en la experiencia, es explicar la relación que hay entre dos fenómenos. En el caso de las normas, su finalidad no es descriptiva, es más bien *prescriptiva*, lo que quiere decir que ellas ordenan una conducta. Las

normas no intentan que entendamos la relación que hay entre dos términos, como es el caso de las leyes de las ciencias; las normas lo que pretenden es que las personas realicen unas acciones determinadas. De modo que las finalidades son muy diferentes.

Comprobación de las leyes

Las leyes científicas se someten a prueba en los hechos; si no se cumplen, se considera que lo enunciado por la ley es falso y ella será descartada. En esto consiste la *comprobación empírica*. En el caso de la norma, su validez no depende de que se cumpla en la práctica. Si una norma ha sido dictada *cumpliendo con ciertos requisitos establecidos*, por ejemplo, que haya sido dictada por un órgano competente y con el procedimiento establecido, la norma se considera válida aunque no se cumpla. Una sentencia es tenida por válida si fue dictada por un tribunal con competencia para dictarla y cumpliendo con todo el procedimiento requerido. Si después la sentencia no se aplica, eso no le quita validez a la sentencia.

Relación de las leyes

Las ciencias estudian fenómenos que se producen con cierta regularidad en la naturaleza y que se encuentran relacionados, en la medida en que unos influyen en otros. Digamos que el fenómeno de la lluvia tiene un efecto en el fenómeno de la cosecha, En otras palabras, *un fenómeno determina a otro*. Si lo determina causalmente, eso significa que un acontecimiento es considerado causa y el otro su efecto; el efecto sucede constante y uniformemente a la causa. La relación entre los hechos puede no ser de causalidad, sino de probabilidad; se podría hablar de un cálculo estadístico de probabilidad entre dos sucesos. O se podría hablar de una relación dialéctica entre dos factores de una misma realidad, donde un factor influye sobre otro y éste a su vez influye sobre el primero. Por ejemplo, el Derecho y la Economía son dos realidades presentes en la sociedad y ambas se afectan mutuamente; y así por el estilo, hay otras formas posibles de relación entre los fenómenos que estudian las ciencias y que se expresan a través de las leyes.

En el caso de las normas, ellas vinculan dos conductas, pero el nexo no es de causalidad, ni dialéctico, etc., sino *una relación de imputación*. La norma imputa o atribuye una conducta a otra conducta. Sería el caso del hecho de dar muerte voluntariamente a otra persona, al cual la norma

le imputa la pena de cárcel, o de muerte en la silla eléctrica, etc. Hay que observar que la vinculación entre las dos conductas es creada por la norma, a diferencia de lo que pasa con una ley científica que no es causa de la relación entre fenómenos, sino que se limita a explicar lo que sucede en la naturaleza, independientemente de que una ley lo explique o no. Aún si no conocemos una ley natural, los fenómenos se producen y están vinculados. En cambio, si la norma no enlaza dos conductas, ese nexo no existe. Si la norma no dice que una conducta es un delito, el delito no existe. Una conducta puede ser delito en un país y no serlo en otro; un comportamiento puede estar prohibido en una época y puede luego ser despenalizado. Todo dependerá de lo que la norma diga. Mientras que la ley científica *explica* la relación, la norma la *crea*.

Entonces la *consideración de la conducta* por la ciencias sociales es una *consideración empírica*; en cambio es muy distinta la consideración de la conducta por las disciplinas normativas, es una *consideración moral*, que parte de la idea del hombre como ser libre. Si la conducta de los hombres es estudiada por la psicología o la sociología, se tratará de establecer una relación entre dicha conducta y algún otro fenómeno que, por ejemplo, es causa de la conducta. En el caso de la moral o el Derecho la conducta no se considera determinada por algún fenómeno, sino que se considera por completo libre y se examina si *voluntariamente* se ajusta o no a la norma. Conducta libre y conducta determinada son nociones antagónicas; de modo que si es determinada no es libre y viceversa.

De modo, pues, que la conducta puede ser considerada desde dos puntos de vista, el científico, que la considera determinada, y el moral, que la presupone libre. El sociólogo o el psicólogo tratan de encontrar las causas de las conductas en la vida de los hombres o de los pueblos. El sacerdote o el abogado piensan que las conductas son libres, que dependen de la voluntad de la persona.

Del examen de todos estos caracteres, propios de los estudios científicos y de las disciplinas normativas, se evidencia que los estudios que realizan los abogados no tienen las características de las ciencias naturales o sociales, sino unos rasgos propios que constituyen el enfoque específico de lo normativo. De modo que pareciera incorrecto considerar que los estudios

de Derecho son una ciencia social. Parece preferible calificarlos como una disciplina normativa.

Sin embargo, es posible hacer un estudio sobre las normas jurídicas con el enfoque científico de las ciencias sociales, que sería el caso de la Sociología Jurídica. Es un trabajo con una metodología que conocen los sociólogos y que sí constituye una ciencia social, pero que es muy diferente al punto de vista del jurista.

2. Estudios sobre el Derecho

A. Noción de Derecho

Se puede entender por Derecho un conjunto de normas de conducta coercibles, de una comunidad política soberana, mayoritariamente eficaces y consideradas necesarias para la vida en comunidad. Se habla de normas *coercibles* para significar que pueden ser aplicadas de manera forzosa por el Estado (comunidad política soberana), ya que tienen el respaldo del aparato coactivo del Estado (tribunales, policía, cárceles, ejército, etc.).

Hay que señalar que estas normas corresponden a una *comunidad política soberana*, para diferenciarlas de otras normas de comunidades deportivas, religiosas, etc. Para que la comunidad sea soberana debe tratarse de una comunidad política que no reconoce sino iguales en el orden externo e inferiores en el orden interno. Es el caso, por ejemplo, de la República de Venezuela, que es igual a cualquier otro Estado del mundo y tiene un poder superior a todos los que habitan dentro del territorio de la República. Las normas deben ser *mayoritariamente aplicadas*, obedecidas, para que el sistema se considere válido. La validez de un sistema jurídico (no de una sola norma), requiere una cierta eficacia, un adecuado funcionamiento en la práctica, para que se considere que existe como sistema jurídico. Y las normas deben ser *consideradas necesarias* por la población, porque sólo por la fuerza no puede hacerse cumplir un sistema de normas; es necesario que la mayoría esté convencida de su necesidad y acate las normas y la sanción sea más bien la excepción.

B. Estudios sobre el Derecho

Puede haber un estudio científico del Derecho, un estudio filosófico y un estudio normativo. En los tres casos el objeto de estudio es el mismo, el Derecho, pero los modos de estudiarlo son diferentes.

a) El estudio científico del Derecho es la Sociología Jurídica, que constituye una ciencia social, que lo estudia como un fenómeno social, para determinar su relación con otros fenómenos que forman parte de la estructura social, estableciendo cómo influye el Derecho sobre esos fenómenos y cómo es influido por ellos, cómo se origina un sistema jurídico determinado, en qué medida se hace efectivo, por qué, a qué parte de la población se aplican esas normas, etc.

b) *El estudio filosófico del Derecho* es la Filosofía del Derecho, que lo estudia desde un punto de vista universal para determinar el concepto y la naturaleza del Derecho (lo que constituye una de sus ramas, la ontología jurídica); para precisar el método de conocimiento (otra de las ramas de la Filosofía Jurídica, la gnoseología jurídica); y para analizar el problema de su legitimidad o justificación (la rama de la axiología jurídica).

c) *Estudio normativo del Derecho*, que algunos autores llaman Ciencia del Derecho (aunque no parece corresponder a la idea de una ciencia), que considera al Derecho como un sistema de normas positivas, coercibles, con el objeto de precisar el sentido y el alcance de las normas mediante análisis rigurosos (constituye las diferentes disciplinas de la Dogmática Jurídica, como Derecho Penal, Derecho Civil, etc.) y para establecer nociones generales comunes a todo el sistema jurídico y a sus diferentes ramas (por ejemplo, la noción de fuente de Derecho, de norma jurídica, de relación jurídica, etc., que constituye la Teoría General del Derecho).

ESQUEMA DE CIENCIA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

1. Nociones de Filosofía y Ciencia

A. Carácter plural de las nociones

B. Semejanzas de las dos nociones

- a) Son teorías
- b) Conocimientos generales
- c) Conocimientos sistemáticos y deductivos

C. Diferencias de las nociones

- a) Por el objeto
- b) Por el método
- c) Por el resultado

D. Caracteres propios de la Ciencias y la Filosofía

- a) Filosofía: saber totalizador
- b) Ramas: ontología
  - gnoseología
  - axiología
- c) Ciencia: contrastación empírica intersubjetiva
- d) Clases de ciencias
  - ciencias naturales
  - ciencias sociales

E. Clases de estudios y sus características

	Ciencias Naturales	Ciencias Sociales	Disciplinas Normativas
Objeto	Fenómenos Naturales	Fenómenos Sociales	Normas
Ámbito	Lo que es	Lo que es	Lo que debe ser
Formulación de las leyes	Si es A es B	Si es A es B	Si es A debe ser B
Finalidad de las leyes	Describir	Describir	Prescribir

Comprobación de Las leyes	Empírica	Empírica	Formalizada
Relación de Las leyes	Determinación	Determinación	Imputación

Objeto de los distintos tipos de estudio
Ámbito de cada uno
Formulación de leyes y normas
Finalidad de las leyes
Comprobación de las leyes
Relación de las leyes

2. Derecho y estudios sobre el Derecho

A. Noción de Derecho

B. Estudios sobre el Derecho

a) Estudio científico- Sociología del Derecho
b) Estudio filosófico- Filosofía del Derecho
c) Estudio normativo- Dogmática y T. General del Derecho

CUESTIONARIO

1. ¿Por qué se habla de una pluralidad de nociones de Ciencia y de Filosofía?
2. ¿Qué quiere decir que la Ciencia y la Filosofía son teorías?
3. ¿Por qué son conocimientos generales?
4. ¿En qué sentido son conocimientos sistemáticos y deductivos?
5. ¿Cómo se diferencian la Ciencia y la Filosofía por el objeto, por el método y por el resultado?
6. ¿Qué se quiere decir con la Filosofía como saber totalizador?
7. ¿Cuáles son las ramas que estudia la Filosofía?
8. ¿Qué caracteriza al saber científico?
9. ¿Cómo clasifica usted las ciencias por su objeto de estudio?
10. ¿Qué finalidad tienen las leyes naturales y sociales?
11. ¿Cuál es la fórmula de las leyes naturales y sociales y qué relación establecen?
12. ¿Cómo se comprueba la validez de las leyes naturales y sociales?
13. ¿Cómo describiría Ud. a una norma?
14. ¿Cómo se formula una norma?
15. ¿La relación que establece la norma existe con independencia de ella?
16. ¿Cuándo es válida una norma?
17. ¿Cómo describiría usted al Derecho?
18. ¿Qué tipo de estudio es la Sociología Jurídica y de qué se ocupa?
19. ¿Qué examina la Filosofía del Derecho?
20. ¿Qué finalidad tienen los estudios normativos del Derecho?

CAPÍTULO 2

DERECHO, MORAL Y CONVENCIONALISMOS SOCIALES

Después de examinar las disciplinas que estudian lo jurídico, es necesario comparar y distinguir las normas que integran el Derecho, de otros sistemas de normas diferentes; concretamente es el caso de las normas morales y de los convencionalismos sociales. Todas forman parte del ámbito de lo normativo, pero no son iguales. Desde las definiciones mismas se puede comenzar a ver las diferencias, pero hay que advertir que algunos autores creen que los convencionalismos sociales son parte del Derecho y otros los ubican dentro de la moral. Habrá que examinar el problema, revisar los criterios de distinción y formarse alguna opinión sobre el punto.

1. Conceptos de Derecho, Moral y Convencionalismos Sociales

Resulta una ayuda para la memoria elaborar tres nociones que se refieran en paralelo al origen de cada una de las normas, a su finalidad y a la sanción que establecen. Las tres definiciones responderán a estos tres criterios.

	Origen	Finalidad	Sanción
Do: Reglas de conducta	Establecidas por una comunidad política organizada.	Para hacer posible la coexistencia social.	Que cuentan con el respaldo del aparato coactivo del estado.
M: Reglas de conducta	Establecidas o aceptadas por el sujeto obligado.	Para alcanzar el bien y la perfección del individuo.	Cuya desobediencia acarrea la degradación del hombre.
C.S.: Reglas de conducta	Establecidas de forma consuetudinaria en un grupo social determinado.	Para lograr decoro, elegancia y respeto entre los hombres.	Bajo amenaza de sanción de repudio del grupo social.

A. Noción de Derecho. El Derecho, definido de este modo, puede ser descrito como reglas de conducta establecidas por una comunidad política soberana, para hacer posible la coexistencia social y que cuentan con el respaldo del aparato coactivo del Estado. Es decir, que sin Derecho, es muy difícil la convivencia social y que las normas jurídicas se pueden aplicar de manera forzosa.

B. *Noción de Moral.* Por su parte la moral consiste en reglas de conducta establecidas o aceptadas por el sujeto obligado, para alcanzar el bien y la perfección del individuo, cuya desobediencia acarrea la degradación del hombre. Se habla de que sean establecidas, o al menos aceptadas, por el sujeto obligado, ya que es necesario que las normas morales cuenten con el reconocimiento de los individuos, para que en caso de desobediencia la persona pueda considerar que ha obrado mal, que ha transgredido la norma. Si de buena fe una conducta no es tenida como prohibida por un sujeto, no se podrá decir que actuó de manera inmoral. No sucede lo mismo en el Derecho, el cual se presume conocido por los ciudadanos y los obliga en cualquier caso. Las personas que actúan de acuerdo con sus principios morales sienten que son personas correctas; cuando se viola una norma moral, no hay la posibilidad de imponer un castigo por la fuerza, pero el individuo en su conciencia sabe que obró mal y que se degradó como ser humano.

C. *Noción de Convencionalismos Sociales.* Por último, los convencionalismos sociales son reglas de conducta establecidas de forma consuetudinaria en un grupo social determinado, para lograr decoro (honor, dignidad), elegancia (buen gusto) y respeto (consideración) en las relaciones entre los hombres, bajo amenaza de sanción de repudio del grupo social. Se establecen bajo la forma de costumbres y se dice que en un grupo social determinado, porque cada conjunto de personas tiene sus propios hábitos, sus maneras de proceder, que son diferentes según los casos. Por ejemplo, en el medio juvenil no son iguales los usos relativos al trato, que cuando se habla de personas de avanzada edad; también de un estrato social a otro, o en diferentes países, varían las prácticas sociales. Los fines de los convencionalismos sociales, las buenas maneras, el buen gusto, tienen su importancia para mejorar las relaciones entre los hombres; es por eso que el grupo social excluye a aquellos que no respetan sus reglas.

Estos distintos tipos de normas pueden tener igual contenido en algunos casos. Por ejemplo, robar a otra persona está prohibido por el Derecho, por la moral y hasta por los convencionalismos sociales. Quien roba se hace acreedor a las tres clases de sanciones.

2. Relaciones históricas entre Moral y Derecho

A. En la época Antigua los textos normativos mostraban una mezcla de preceptos jurídicos, morales y religiosos. Esto se observa, por ejemplo, en el Código que mandó a escribir y difundir el Emperador Hammurabí, en Mesopotamia, o en el Decálogo de Moisés, entre los hebreos. También el juicio que se le siguió a Sócrates, en la Atenas clásica, muestra esta mezcla indiferenciada: en primer lugar se trató de un juicio, lo cual es típico del Derecho; el juicio se siguió por una causa moral, la corrupción de los jóvenes, y un motivo religioso, por no creer en los dioses de la ciudad. En esa época no se encuentran razonamientos para separar moral y Derecho, salvo una pequeña referencia en la Ética Nicomaquea de Aristóteles.

B. En la Edad Media el Derecho estaba subordinado a la moral. Cuando Santo Tomás habla de los diferentes tipos de leyes, encuentra que las leyes humanas (derecho positivo), tienen que derivarse de la ley natural (derecho natural o principios morales) y no pueden contrariar sus preceptos ni en un punto. El Derecho no es Derecho si contraría a la moral.

C. En la Época Moderna se separan completamente la moral y el Derecho. Ya para esa época se elabora una clara distinción entre ambos tipos de normas, gracias a una serie de caracteres diferenciadores que desarrolla Kant, y que se examinarán en breve.

D. La actual Constitución venezolana de 1999 parece haber retomado la tendencia de mezclar Derecho y moral. El artículo 2 habla de un Estado de Derecho y de Justicia, lo cual parece indicar que son diferentes el Derecho y los principios morales, pero que se encuentran unidos en la propia concepción del Estado. Además, en el mismo artículo se establece, entre los valores del ordenamiento jurídico, la ética. Los artículos 273 y 274 hablan de un Consejo Moral Republicano; y el Poder Ciudadano tiene a su cargo, entre otras cosas, sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa. Por otra parte, en la exposición de motivos de

la Constitución se hace referencia a la escuela iusnaturalista, que es la que trabaja con principios de derecho positivo y principios morales o de derecho natural.

3. Caracteres de distinción entre moral, Derecho y convencionalismos sociales

Los caracteres de distinción entre moral y Derecho fueron ampliamente desarrollados por Kant, en el siglo XVIII.

MORAL	DERECHO	CONV. SOCIALES
Unilateral	Bilateral	Unilaterales
Incoercible	Coercible	Incoercibles
Autónoma	Heterónomo	Heterónomos
Interior	Exterior	Exteriores

A. Unilateralidad y bilateralidad. Este carácter se refiere al establecimiento de *derechos y deberes* (bilateralidad), o *sólo deberes* (unilateralidad), en una norma. El Derecho es bilateral porque frente al sujeto obligado por el deber, existe otro sujeto facultado para exigir, incluso por los tribunales, el cumplimiento de ese deber. Por ejemplo, si hay una norma de Derecho que establece a una persona la obligación de pagar una cantidad de dinero, frente a ese sujeto que llamaremos pasivo (que soporta el deber), existe otro sujeto, el sujeto activo (que disfruta del derecho), el cual puede exigir la entrega de la cantidad de dinero, incluso demandando en los tribunales. También se suele usar la expresión de normas imperativo-atributivas en el caso del Derecho, para hablar de los dos aspectos que contempla.

La moral y los convencionalismos sociales, en cambio, son unilaterales porque establecen deberes a las personas, pero no facultan a otras para exigir esas conductas. La moral puede decirnos que debemos tener gratitud por quien nos ayuda, pero nadie puede exigirle a otro que sea agradecido; al menos no ante los tribunales. Igualmente, las personas educadas deben responder al saludo con amabilidad, es un deber social, pero si una persona no contesta cuando se le dice buenos días, no se puede ir a los tribunales por el incumplimiento de esta cortesía. Lo cual significa que la moral y los

convencionalismos sociales son normas imperativas simplemente, porque sólo establecen deberes. Como en la norma jurídica, el deber existe, se tratará de un deber moral o un deber social, pero no hay alguien a quien se conceda la facultad de demandar esa conducta ante un organismo del Estado.

B. Coercibilidad e incoercibilidad. En este caso se habla de la *posibilidad o no de aplicar una norma por la fuerza.* Si una norma es coercible, como es el caso del Derecho, se puede movilizar el aparato coactivo del Estado (tribunales, policía, etc.) para hacer cumplir la norma. *Coercibilidad* hace referencia a la eventualidad de aplicar una norma de manera forzosa. Hay otros términos cercanos, que es bueno precisar. *Coerción* es la presión que se ejerce sobre el ánimo de alguien para que observe una conducta. En este sentido, la mera existencia de las normas constituye una presión sobre la voluntad de las personas para que actúen de determinada forma. Pero el hecho de que las normas presionan a los individuos, no significa que en todos los casos haya la posibilidad de aplicar la norma por la fuerza, que sean coercibles. Esa posibilidad existe sólo en el caso del Derecho, pero no en la moral ni en los convencionalismos sociales. No es, pues, lo mismo la coerción y la coercibilidad. Otra idea distinta es la de *sanción,* la consecuencia desfavorable que se deriva del incumplimiento de una norma. Si se observa con cuidado se verá que todas las normas tienen sanción, pero no todas son coercibles. Los malos modales de una persona, que no responde amablemente al saludo, pueden provocar el rechazo del grupo social en que se desenvuelve, pero no hay la posibilidad de movilizar el aparato coactivo del Estado para hacer que las personas sean amables y gentiles.

C. *Autonomía y heteronomía.* El criterio determinante de esta característica se refiere al origen de la norma. Si *la norma es producida exclusivamente por la razón,* se dice que es autónoma; la razón misma se da su norma. En cambio si intervienen en la producción de la norma *elementos extraños a la razón,* si a la hora de dictar la norma participan factores como los intereses, las conveniencias, las pasiones, las inclinaciones de la persona, las amenazas que vienen del exterior de la persona, se dice que la norma es heterónoma.

Algunos autores han interpretado erróneamente este carácter de distinción, pensando que se habla de que la norma se la imponga la propia persona, en cuyo caso sería autónoma, o que venga impuesta por otra persona, en cuyo caso sería heterónoma. Esto es un error. Una vez explicado el carácter de esta manera equivocada, se criticaría que no puede hablarse de autonomía de la moral, porque eso significaría que cada quien se inventa su propia moral y que habría tantas morales como individuos, todo lo cual les parece inaceptable. No es esto lo que dijo Kant. Cuando la norma proviene sólo de la razón, puesto que hay una misma razón, que es común en los seres humanos, todos deben coincidir en una sola moral. Que dos más dos son cuatro lo establecemos por la razón y es una afirmación compartida por igual por todos los hombres. Por el hecho de que la conclusión de la suma sea hecha por cada persona, no implica que habrá tantos resultados como personas hagan la operación. Cuando algo se deriva de la razón, es igual para todos y el criterio de distinción habla de la derivación de la moral a partir de la razón. De acuerdo a esto, la norma es heterónoma cuando en su origen intervienen elementos extraños a la pura razón.

Diferente sería la crítica si se cuestionara la derivación racional de la moral. Podría decirse que la moral no es una verdad de razón, sino que se origina en la sociedad, que es determinada por factores históricos, económicos, etc., presentes en cada colectividad; esto sí haría variable a la moral, que ya no sería una sola para todos los hombres, sino una moral para cada sociedad y cada época. En cualquier caso, el carácter de distinción que se está considerando, tal como lo planteó Kant, parte de la creencia en la derivación racional de la moral, lo cual la hace autónoma. Si se afirma que la norma moral encuentra su origen en una comunidad determinada, sin duda habría que considerarla heterónoma.

Hay también otro aspecto posible de la autonomía. Podría decirse que una norma moral obliga en la medida en que es considerada válida por la persona obligada. Si de buena fe, algo no es calificado de inmoral por una persona, en ese caso ella no ha obrado mal al incurrir en esa conducta. Deberá convenirse que hay al menos un aspecto de autonomía en la moral, cuando se considera necesaria la aceptación individual de la validez de la norma para que ella obligue.

Si una norma exige una conducta como debida porque así lo ha querido una autoridad, y no la razón, entonces es heterónoma. La norma puede haber sido establecida para favorecer intereses parcializados y no porque lo diga la razón; también sería heterónoma. El Derecho normalmente proviene de una fuente autorizada, de una autoridad competente; esto es lo que determina su vigencia. Por tanto, es una norma heterónoma. Si la norma es coercible, naturalmente será heterónoma; este es el caso del Derecho. En efecto, la norma jurídica positiva obliga porque cuenta con el respaldo del aparato coactivo del Estado, no porque haya sido establecida por la razón. En cambio la norma moral, que se deriva exclusivamente de la razón, según este criterio, es una norma autónoma. Si se acepta el argumento de Kant, sólo la moral es autónoma, ya que el Derecho y los convencionalismos sociales son heterónomos.

D. *Interioridad y exterioridad.* La interioridad y la exterioridad de las normas tienen que ver con el *motivo de obediencia exigido* por ellas. Dice Kant que toda legislación comprende dos cosas: *una ley* que establece una conducta como debida y *un motivo* para obedecer esa ley. Ese motivo puede ser un intento de eludir un castigo, el temor al qué dirán social, al repudio social, o cualquier consecuencia desfavorable, casos en los cuales los motivos de obediencia son externos al sujeto, están fuera de él. Si la legislación *acepta cualquiera de estos motivos de obediencia*, para considerar adecuada la conducta, se dice que ella es una legislación exterior. Es el caso del Derecho y de los convencionalismos sociales.

Si la legislación, además de exigir la obediencia a la ley, *exige como único motivo válido de obediencia la idea del deber*, que es un motivo interno al sujeto, se dice que esa legislación es interior. Es el caso de la moral según Kant. Para este filósofo, la moral no sólo exige obedecer la ley moral, sino que exige además, para que el acto sea moralmente bueno, que el motivo de obediencia sea la idea de que se trata de un deber. Por ejemplo, si una persona no roba en casa de unos amigos porque piensa que se darán cuenta que fue ella quien cometió el robo y le preocupa lo que pensarán de ella, ese acto moralmente no es bueno, aunque no robó. En cambio si no roba porque tiene la convicción de que no se debe robar y no porque tema al qué dirán, esa acción sí es correcta moralmente. Para el Derecho, el que no roba, por el motivo que sea, aún si es por miedo, actúa bien desde el punto

de vista jurídico. Para la moral, el que no roba, para actuar correctamente desde la óptica moral, tiene que haberlo hecho sólo por la idea del deber. El *motivo de obediencia* no es tomado en cuenta por el Derecho, pero sí lo es por la moral. Los motivos de obediencia pueden ser exteriores (cárcel, qué dirán) o interiores (idea del deber). Si a una legislación no le importa que el motivo sea exterior, se dice que la legislación tiene carácter de exterioridad. Si la legislación exige un motivo interior, esa legislación tiene interioridad.

Algunos autores han entendido mal este carácter de distinción, pensando que la interioridad se refiere a etapas internas del acto humano, como la deliberación y la elección de una decisión. Para esos autores, si se dice que el Derecho es exterior, se estaría diciendo que tales etapas del acto humano no interesarían al Derecho, lo cual no les parece adecuado. Efectivamente, como se estudia en Derecho Penal, no es lo mismo un homicidio realizado sin intención, que un homicidio con alevosía y premeditación. Esta diferencia se establecería a partir de esas etapas internas del acto, con lo cual el Derecho sería una legislación dotada de interioridad. No es así. De acuerdo con el razonamiento kantiano, el Derecho es exterior y la diferencia entre interioridad y exterioridad está en el motivo de obediencia a la ley que se exige; *si se exige un motivo interior, que es tan sólo la idea del deber*, la legislación es interior y es el caso de la moral. En cambio *si se acepta un motivo exterior*, como el temor a la cárcel, al qué dirán, etc., se trata de una legislación exterior, como sucede con el Derecho y los convencionalismos sociales.

4. Teorías sobre convencionalismos sociales, moral y Derecho

Estas teorías tienen por objeto determinar si los convencionalismos sociales forman parte del Derecho, o de la moral, o si son reglas de conducta independientes de ambos. Se ha afirmado tanto lo uno como lo otro. García Máynez señala que Del Vecchio y Radbruch incluyen a los convencionalismos sociales dentro de la moral y dentro del Derecho respectivamente. En cambio Stammler, Ihering, Somló, Recaséns y el propio García Máynez aportan criterios de distinción de los convencionalismos sociales con relación a la moral y al Derecho.

Del Vecchio razona del siguiente modo. Todas las normas de conducta *son unilaterales (moral), o son bilaterales (Derecho).* La moral es unilateral y como los convencionalismos sociales son unilaterales, entonces *forman parte de la moral.* Se puede señalar a esta tesis que si bien es cierto que las normas morales son unilaterales, esto no significa que las normas unilaterales se agoten con la moral; puede haber otras normas unilaterales. El criterio de unilateralidad es amplio y dentro de las normas unilaterales están incluidos tanto la moral como los convencionalismos sociales.

Radbruch escoge como criterio para reducir los convencionalismos sociales al Derecho *la idea de los valores.* Dice que todos los productos de la cultura humana persiguen algún valor: el Derecho persigue la justicia, la moral busca la bondad, la religión la santidad, el arte la belleza, pero que los convencionalismos sociales no tienen un fin o un valor propio y por eso hay que considerarlos *como parte del Derecho*, teniendo como meta el mismo valor que éste. Sin embargo, cabe observar que los convencionalismos sociales intentan conseguir el decoro, la elegancia, el respeto entre los hombres, cada uno de los cuales tiene su importancia; lo que no puede decirse es que traten de obtener la justicia. Por tanto, no se ve por qué deben incluirse dentro del Derecho.

De modo que no parece razonable reducir los convencionalismos sociales a moral o a Derecho, como hacen los autores comentados. Otros autores, antes mencionados, proponen diferentes criterios para considerarlos un tercer grupo de normas.

Stammler sugiere la idea de *diferente pretensión de validez*, para distinguir los convencionalismos sociales. Según él, los convencionalismos no tendrían la misma pretensión de validez que tiene el Derecho. No obstante, se puede observar que estas reglas de conducta sí pretenden valer, sí tratan de imponerse a los miembros de un grupo social y a veces tienen más éxito que el mismo Derecho. Por ejemplo, los jóvenes suelen dar más importancia a la aceptación por parte de su grupo social, que a cualquier otra cosa. Pueden llegar a veces a transgredir normas jurídicas, si existe presión en este sentido del grupo. De modo que no parece que la diferencia pueda establecerse por una menor pretensión de validez de los convencionalismos.

Ihering aporta dos criterios distintivos de los convencionalismos sociales a lo largo de su vida: la *obligatoriedad* y el *contenido de las normas*. En cuanto a la obligatoriedad, señala que el Derecho cuenta con el respaldo del aparato coactivo del Estado, mientras que los convencionalismos no lo tienen. Esta observación resulta indiscutible. No sucede lo mismo con el argumento del contenido de las normas, de acuerdo al cual habría materias que son regulables por el Derecho y otras que corresponderían a los convencionalismos. A esto se puede objetar que hubo épocas en que el Derecho se ocupaba de indicar quién podía y quién no podía usar ciertas telas en sus ropas, o ciertas modas, o quien podía llevar bastón, por señalar unos casos. Esta materia, por tanto, no sería exclusivamente regulable por los convencionalismos, sino compartida con el Derecho. Otro caso que objeta el criterio del contenido de las normas lo constituye el saludo. Podría decirse que parece propio de los convencionalismos y sin embargo el saludo militar está incluido en normas jurídicas. De modo que la diferencia entre Derecho y convencionalismos por la materia que regulan no parece muy conveniente.

Somló aporta como criterio diferenciador de los convencionalismos *el origen*, ya que serían producto de la sociedad, en tanto que el Derecho tendría su origen en el Estado. Tampoco es siempre cierta esta afirmación, ya que el Derecho puede tener su origen en la sociedad, especialmente si se trata del Derecho consuetudinario. De modo que no parece muy útil el criterio del origen de la norma.

Finalmente, Recaséns y García Máynez establecen la diferencia de los convencionalismos con el Derecho y la moral, gracias a *las características* que se estudiaron con anterioridad, tales como coercibilidad e incoercibilidad, exterioridad e interioridad, heteronomía y autonomía y unilateralidad y bilateralidad. Esta diferencia por los caracteres parece incuestionable.

ESQUEMA DE DERECHO, MORAL Y CONVENCIONALISMOS SOCIALES

1. Conceptos de Derecho, moral y convencionalismos sociales

	Origen	Finalidad	Sanción
Do: Reglas de conducta	Establecidas por una comunidad política organizada.	Para hacer posible la coexistencia social.	Que cuentan con el respaldo del aparato coactivo del estado.
M: Reglas de conducta	Establecidas o aceptadas por el sujeto obligado.	Para alcanzar el bien y la perfección del individuo.	Cuya desobediencia acarrea la degradación del hombre.
C.S.: Reglas de conducta	Establecidas de forma consuetudinaria en un grupo social determinado.	Para lograr decoro, elegancia y respeto entre los hombres.	Bajo amenaza de sanción de repudio del grupo social.

2. Relaciones históricas entre moral y Derecho

A. Época Antigua

B. Edad Media

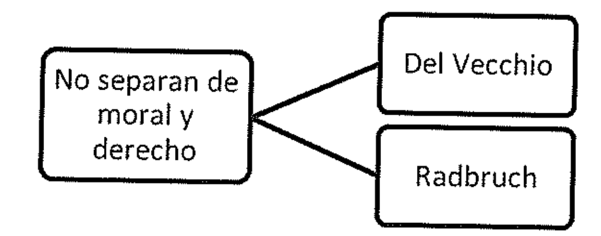
C. Época Moderna

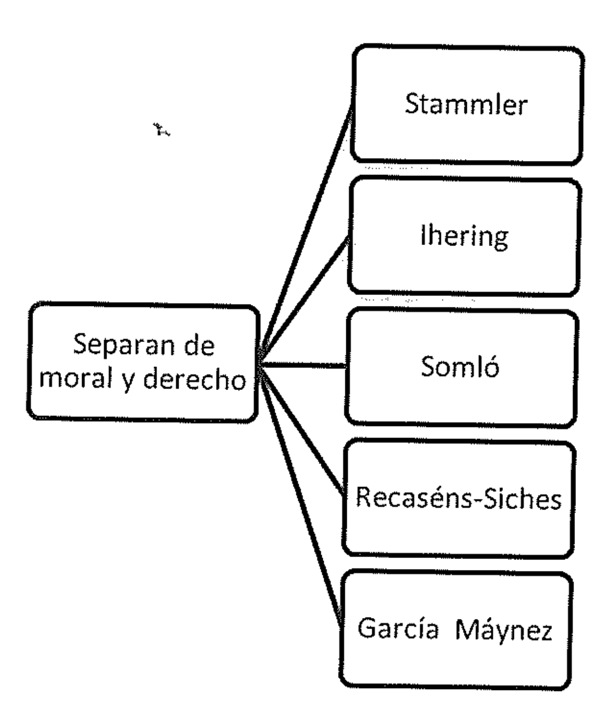
D. Constitución venezolana arts. 2, 273 y 274

3. Caracteres de distinción entre moral, Derecho y convencionalismos sociales

MORAL	DERECHO	CONV. SOCIALES
Unilateral	Bilateral	Unilaterales
Incoercible	Coercible	Incoercibles
Autónoma	Heterónomo	Heterónomos
Interior	Exterior	Exteriores

4. Teorías sobre CS, M y Do.





CUESTIONARIO

1. Compare los conceptos de Do., moral y convencionalismos sociales y razone diferencias.
2. Revise las relaciones históricas entre moral y Derecho y diga cuál relación le parece más adecuada y por qué.
3. ¿Cree usted que una norma bilateral podría ser incoercible?
4. ¿Cree usted que la interioridad es compatible con la coercibilidad? ¿Por qué?
5. ¿Cómo diferencia usted la autonomía de la interioridad?
6. Lea todas las teorías sobre convencionalismos sociales y diga cómo resumiría, en no más de tres palabras, cada teoría.
7. ¿Qué crítica se podría hacer a la teoría de Del Vecchio?
8. ¿Le parece acertada la posición de Radbruch? ¿Por qué?
9. ¿Qué normas le parece a usted que tienen mayor pretensión de validez? ¿Por qué?
10. ¿Derecho y convencionalismos sociales se distinguen por el origen?
11. ¿Cree usted que hay una materia específica a ser regulada por el Derecho y otra por los convencionalismos sociales?
12. ¿Qué opina usted de la tesis de Recaséns y García Máynez?

CAPÍTULO 3

TERMINOLOGÍA ELEMENTAL

Hay una serie de conceptos elementales que es bueno comenzar a manejar desde el principio de los estudios de Derecho. Cada disciplina tiene un idioma propio, que hay que aprender; también el Derecho. Más adelante habrá que introducir otro conjunto de términos que se consideran básicos para esta materia, pero que requieren una consideración más detenida que estos primeros vocablos que ocupan este capítulo.

1. Derecho objetivo y derecho subjetivo

A. Nociones. Se entiende por *derecho objetivo* el conjunto de normas imperativo-atributivas, que establecen deberes para un sujeto pasivo y otorgan facultades a un sujeto activo. *Derecho subjetivo* es la facultad concedida por la norma jurídica al sujeto activo de la relación jurídica (la relación entre los dos sujetos). De modo que el derecho subjetivo es una parte del derecho objetivo. Si analizamos, por ejemplo, el artículo 1.167 del Código Civil venezolano de 1982, veremos que dice: "En el contrato bilateral si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiere lugar a ello". En esta disposición se habla de los deberes que tienen los sujetos en un contrato y las facultades que se les conceden. Si se trata de un contrato de compra-venta, el comprador tiene el deber de pagar el precio y el vendedor debe entregar la cosa vendida. Al mismo tiempo que se establecen los deberes, se concede una facultad a uno de los sujetos, cuando el otro no cumple con su deber. Esa facultad, que es el derecho subjetivo, consiste en la posibilidad de reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo.

B. Prioridades. Cabe preguntarse si entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo existe prioridad cronológica y prioridad lógica de uno respecto al otro. La *prioridad cronológica* plantea cuál de los dos derechos nace primero en el tiempo. Algunos autores consideran que primero se produce una facultad, como por ejemplo la de disponer de una cosa en el caso del propietario, y después aparece la norma jurídica que consagra el derecho de propiedad. Así, el derecho subjetivo sería primero en el tiempo que el derecho objetivo.

Esta posición es rebatida por otros autores, que señalan que si no existe la norma jurídica correspondiente, esto es, el derecho objetivo, no puede haber una facultad jurídica, sino que habrá una situación de hecho, no de Derecho. En este caso, no es que el derecho objetivo es primero que el derecho subjetivo, sino que en realidad nacen de manera simultánea. Cuando nace la norma jurídica (derecho objetivo), al mismo tiempo nace la facultad otorgada (derecho subjetivo).

En cuanto a la *prioridad lógica*, es decir, cuál derecho es fundamento del otro, parece haber una inclinación a creer que la prioridad lógica es del derecho objetivo sobre el derecho subjetivo, pero hay también la opinión inversa.

2. Derecho natural y derecho positivo

A. Nociones. Se entiende por *derecho natural* los principios que se *derivan* de la naturaleza (bien de la naturaleza en general, o bien de la naturaleza humana más frecuentemente), que tienen *validez* universal (en cualquier momento y en cualquier lugar), que se *conocen* por la razón y que se *imponen* sólo por la fuerza de la misma naturaleza.

Derecho positivo es aquél que ha sido *establecido* en un momento y en un lugar determinado, que tiene *validez* relativa a ese tiempo y ese espacio dados, que cumple con ciertos requisitos para su creación, que se *conoce* en la experiencia y que es *coercible* (cuenta con el respaldo del aparato coactivo del Estado).

Se puede decir que la razón nos indica que todos tenemos derecho a la vida, aunque no haya sido consagrado en ninguna ley. Esto sería hablar de derecho natural. En cambio si nos referimos a la Constitución venezolana

de 1999, estaríamos mencionando un derecho positivo, que ha sido establecido en Venezuela, en el año citado.

B. Escuelas que los estudian. A propósito del derecho natural y del derecho positivo es oportuno hacer referencia a las escuelas iusnaturalista y iuspositivista. La *escuela iusnaturalista* se caracteriza por tener como objeto de estudio tanto al derecho natural como al derecho positivo y por afirmar la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo, de tal manera que el derecho positivo no puede contrariar al derecho natural.

Por su parte, la *escuela iuspositivista* considera que los principios de derecho natural son relativos y objeto de discusión entre las personas y que lo que corresponde estudiar a los juristas es sólo el derecho positivo, sobre cuya existencia no hay debate.

C. Clases de derecho positivo. La primera distinción que cabe hacer dentro del derecho positivo es la que lo divide en derecho vigente y derecho derogado. El *derecho vigente* es el que se considera exigible en un tiempo y un espacio determinado. Por ejemplo en Venezuela, en esta época, se considera exigible la Constitución de 1999. En cambio el *derecho derogado* es el que ha perdido su fuerza obligatoria. Es el caso de la Constitución venezolana de 1961, que estuvo vigente durante algunos años pero ya no es exigible, es derecho derogado.

El derecho vigente, a su vez, se divide en *derecho eficaz* y *derecho ineficaz*, dependiendo de si se cumple efectivamente (eficaz) o si no se cumple (ineficaz). Hay que observar que el derecho ineficaz es, sin embargo, derecho vigente. No se cumple, pero podría exigírselo.

3. Validez de la norma jurídica

Se habla de tres tipos de validez de la norma: formal, material y social.

A. La validez formal supone el cumplimiento de los requisitos determinantes para la vigencia de la norma. Se dice que una norma es válida formalmente cuando es derecho vigente

B. La validez material se refiere al contenido de la norma. Para los iusnaturalistas una norma es válida materialmente cuando su contenido no contraría al derecho natural. Para los iuspositivistas la validez material

sólo podrá referirse a la conformidad del contenido de la norma con el contenido de una norma positiva de mayor jerarquía. Por ejemplo, si la Constitución, que es la norma de mayor jerarquía, garantiza el derecho a la vida, una ley penal no podría consagrar la pena de muerte.

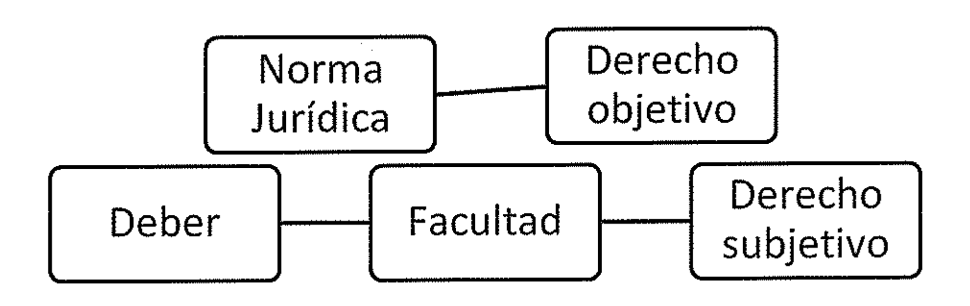
C. *La validez social* está vinculada a la eficacia de la norma. Si la norma es aceptada y aplicada por el grupo social donde ella rige, se dice que la norma tiene validez social.

Lo más frecuente es que una norma cuente con validez formal, material y social, pero podría suceder que se presentaran varias opciones, tal como señala García Máynez (1964:44,45); por ejemplo, que tuviera validez formal y material, pero no social, etc. En una sociedad donde impere la corrupción, seguramente hay normas que la prohíben, que son válidas formal y materialmente, pero que no tienen mucha validez social. Si tiene validez formal y social, pero no material, sería el caso de que se aprobara una ley que permitiera el aborto (válida formalmente), que se aplicara en ese país (válida socialmente), pero que algunas personas consideren que atenta contra el derecho a la vida del niño concebido (falta validez material). El que se pague una cantidad de dinero a quien hace un servicio, como colocar los alimentos en bolsas en el mercado, podría decirse que no está exigido por una ley (no tiene validez formal), pero tampoco contraría ningún derecho fundamental (tiene validez material) y es algo que se acostumbra en muchos países (validez social).

También podría darse el caso de una norma con sólo validez formal, como el caso de una ley que exigiera dar muerte a los judíos, lo cual sería válido formalmente, pero que no tendría validez material y seguramente tampoco social. O el caso de una norma que sólo tenga validez material, como el caso del principio de igualdad de los hombres en un país donde se practicara el *apartheid* o segregación racial. O la situación en la cual una conducta tenga validez social, como solicitar una recomendación de una persona influyente para obtener el ingreso a una Universidad. Esto no sería válido por su contenido (no tendría validez material), ni tendría exigibilidad legal (validez formal), pero donde sucede, tiene validez social.

ESQUEMA DE TERMINOLOGÍA ELEMENTAL

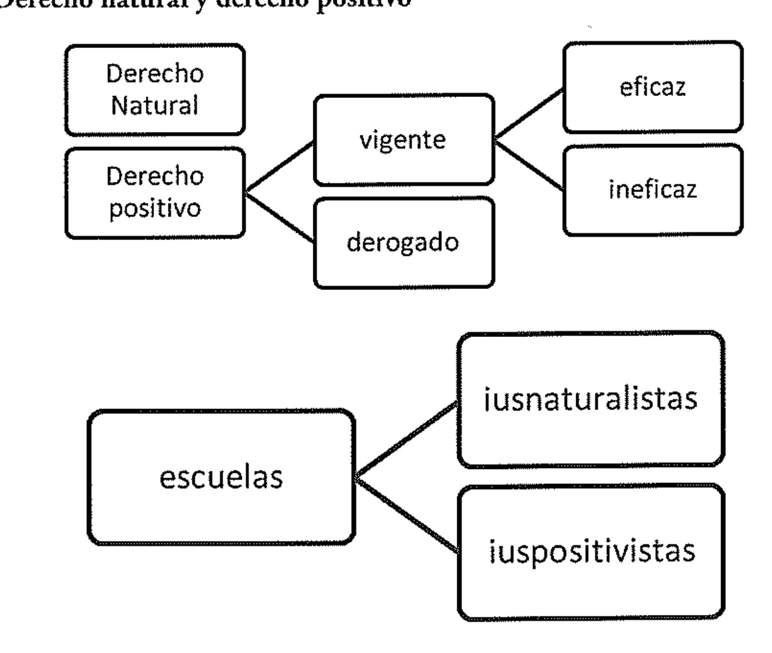
1. Derecho objetivo y derecho subjetivo



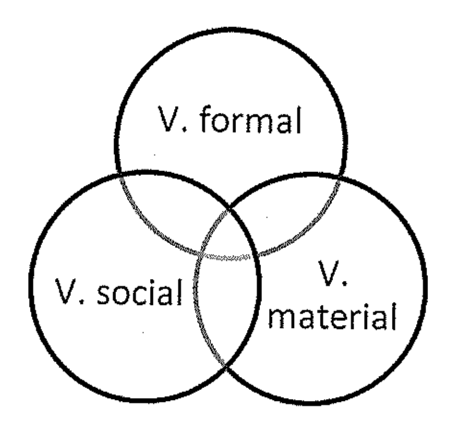
A. Nociones

B. Prioridades: cronológica
lógica

2. Derecho natural y derecho positivo



3. Validez de la norma jurídica



CUESTIONARIO

1. ¿Le parece a usted que podría haber derecho subjetivo sin derecho objetivo? ¿Por qué?
2. ¿Cuál noción es más amplia entre derecho subjetivo y derecho objetivo?
3. Entre ambas nociones ¿cuál tiene prioridad cronológica?
4. ¿Qué diferencia encuentra entre las escuelas iusnaturalista y iuspositivista?
5. ¿Cree usted que el derecho ineficaz es derecho derogado?
6. ¿Qué relación encuentra entre vigencia y validez formal?
7. Para los iusnaturalistas ¿a qué se refiere la validez material?
8. ¿En qué consiste la validez social?
9. ¿Podría citar el caso de un principio que tenga validez material, pero no formal ni social?
10. Una ley que consagrara el aborto ¿qué validez tendría?

CAPÍTULO 4

FINES DEL DERECHO

En este Capítulo, primero se hablará de lo que son los fines del Derecho en general, y su relación con los valores y la ideología, y después se revisarán algunos de los fines que persigue el Derecho, desde los más clásicos, como la justicia y el bien común, hasta algunos más técnicos, que requieren de una serie de principios en los ordenamientos jurídicos para lograr su cometido, como la seguridad jurídica y la tolerancia. Varios de estos principios se recogen en la idea de Estado de Derecho, que se considera al final del capítulo. Esta forma de organización política es uno de los fines principales para el Derecho en la época actual.

1. Introducción

A. Fines del Derecho. Se entiende por fines del Derecho los valores que persigue el sistema jurídico en su conjunto. La Constitución venezolana en sus primeros artículos habla de los valores de la República, libertad, igualdad, justicia y paz internacional; señala cuáles son los valores superiores del ordenamiento jurídico: la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Un valor es la preferencia de objetos o situaciones, es la calificación que damos a los bienes y a las personas. Atienza dice que son las cualidades que se predican de ciertas cosas, personas o acciones (1998: 83). Los valores tienen su origen en los intereses, en los sentimientos, en los gustos. Al conjunto de valores, de creencias que se producen inconscientemente y que explican el modo como se entienden las relaciones sociales de un momento histórico determinado, se puede denominar ideología. Como diría Duverger, "construcciones de la inteligencia destinadas a legitimar

una cierta organización de la vida colectiva. Toda sociedad se fundamenta en un sistema de valores que refuerza la integración de sus miembros" (1981:22). De modo, pues, que un sistema jurídico está orientado por una ideología, es parte de una ideología, la cual entiende la organización social de una forma o de otra.

B. *Axiología jurídica.* El estudio de los valores del Derecho es lo que se denomina axiología jurídica. Pero este estudio reviste dos perspectivas posibles, que constituye lo que refiere Egaña, citando a Cossio, como valoración jurídica positiva y valoración jurídica pura (1963: 57). Detrás de la axiología jurídica positiva se encuentra la escuela iuspositivista, que se ocupa de los valores que el Derecho consagra en cada una de las normas de derecho positivo. Lo cual implica que los valores van cambiando a medida que se modifican las normas.

La axiología jurídica pura estudia los valores desde el punto de vista de la escuela iusnaturalista. En este caso los valores que persigue el Derecho no son concebidos como inmanentes a las normas positivas, que pueden cambiar en el tiempo y en el espacio, sino que los valores estarían fuera del derecho positivo, el cual trataría de alcanzar esos valores externos. De modo que habría que comparar las normas de derecho positivo con otros preceptos, los de un derecho que obraría como modelo y que permitiría concluir si el Derecho existente es el Derecho que debe ser o no. Este modelo se puede decir que es el derecho natural, que encierra valores absolutos e inmutables. En otras palabras, se plantea la posibilidad de dar una única definición de lo que ha de entenderse, por ejemplo, por justicia, como un valor que no cambia y que tiene validez en cualquier lugar y en cualquier momento. En cambio para la escuela iuspositivista, o sea, para la axiología jurídica positiva, no hay una única definición de justicia, sino que las normas jurídicas de los diferentes países y de distintas épocas, nos van diciendo cómo entienden esos pueblos lo que es justo en cada momento.

Habría así para los iusnaturalistas un derecho positivo, Derecho que es, que ha de ser comparado con el Derecho que debe ser, derecho natural. Debe observarse que el Derecho siempre habla de lo que debe ser, tanto el derecho positivo, el derecho que es, como el derecho natural, el derecho que debe ser; mientras que la conducta siempre es lo que sucede en la realidad, que hay que determinar si se ajusta a las leyes, a lo que debe ser,

o no. De modo que la conducta real está regulada por el derecho positivo y el derecho positivo, a su vez, debe ajustarse al derecho natural, según los iusnaturalistas.

Los valores que tradicionalmente se han atribuido al Derecho son la justicia, el bien común, la seguridad jurídica, la tolerancia, el orden, la paz social. A continuación se comentarán algunos de esos fines.

2. Justicia

Platón (siglo IV a.C.) habla de la justicia como la *relación armónica de las partes de un todo.* Las partes de la ciudad son las clases de personas que la integran: los filósofos o gobernantes, los militares o defensores de la ciudad y los artesanos. Cada grupo debe practicar una serie de virtudes, pero para cada uno hay una virtud que es la más importante de todas. Para los filósofos, la sabiduría, para los militares, la valentía, para los artesanos, la templanza (moderación, continencia). Para que haya justicia en la ciudad es necesario que los artesanos estén subordinados a los otros dos grupos y que los militares sean dirigidos por los filósofos. Así se conservará la armonía entre las diferentes clases de personas, lo cual trae la justicia a la ciudad.

Igual que la ciudad, cada individuo está formado por varias partes: el entendimiento, la voluntad y los instintos. También estas partes deben estar subordinadas unas a otras: los instintos deben ser dominados por la voluntad y la voluntad debe estar guiada por el entendimiento. Si no hay este orden debido, la persona no vivirá adecuadamente. De modo que tanto en el individuo como en la sociedad, la justicia consistirá en la armonía de las partes que los integran.

Aristóteles (siglo IV a.C.) define la justicia como *lo legal y lo igual.* Para él, las leyes de la ciudad ordenan practicar las virtudes. Por ejemplo, la ley que prohíbe huir del campo de batalla está prescribiendo que se practique la virtud de la valentía y así sucesivamente. Entonces, cuando dice que la justicia es *lo legal,* que ella equivale a las leyes, que hay que obedecerlas, está diciendo que la justicia es una virtud que lo que manda es practicar todas las demás virtudes, porque acatar las leyes es cumplir con las virtudes que ellas encierran.

Para entender por qué la justicia para Aristóteles, además de lo legal, es *lo igual*, hay que hacer referencia a la clasificación de la justicia. Aristóteles habla de una *justicia total, o general, o legal*, que abarca, por un lado, una *justicia particular o igual*, integrada por leyes que ordenan la igualdad entre las personas; y por otra parte, una justicia comprendida en *otras leyes que no tienen que ver con la igualdad*. De modo que la justicia total o legal comprende dos tipos de leyes: unas relativas a la igualdad, la justicia particular, y otras que no tienen que ver con la igualdad entre los hombres. La justicia particular se denomina así porque constituye una parte del conjunto de las leyes, de lo legal, que es la justicia total o general. A su vez, la *justicia particular* se divide en *justicia distributiva* y *justicia correctiva*. La distributiva regula la relación de la ciudad, de la polis, con los ciudadanos y tiene que ver con las cosas que se distribuyen entre los ciudadanos, como los honores, las riquezas, etc., y la correctiva las relaciones entre los ciudadanos, que procura que en las relaciones entre particulares no haya perjuicio para alguna de las partes. En ambos casos se plantea el problema de la igualdad, que es resuelto de diferente manera: *igualdad proporcional* en la justicia distributiva, o *igualdad aritmética* en la justicia correctiva. En la justicia distributiva los hombres no son considerados completamente como iguales, sino según sus méritos; por eso no deben recibir cosas iguales, sino en proporción a sus méritos. El que trabaja más, el que se esfuerza en mayor medida, debe recibir mejor retribución que el que lucha menos. En cambio en la justicia correctiva los hombres son considerados completamente iguales y deben recibir lo mismo, con una igualdad aritmética. Por ejemplo, si una persona causa un daño a otra, debe reparar el daño exactamente en la misma cantidad que ocasionó el perjuicio. Las leyes, según Aristóteles, aplican en unos casos la proporción y en otros la igualdad aritmética; eso hace la diferencia entre la justicia distributiva y la correctiva. Aristóteles quiere hacer énfasis en estas relaciones de igualdad y por eso habla de la justicia como lo legal y lo igual.

Es muy citada en el mundo del Derecho la definición de justicia del jurisconsulto romano Ulpiano (170-228 d.C.): justicia es *la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho*. De alguna manera recuerda la idea de Platón de que cada quien cumpla con lo que le corresponde, practicando sus virtudes propias; y a su vez, de aquí la idea de Aristóteles

de que la justicia coincide con las leyes, ya que éstas ordenan conductas virtuosas.

Las ideas de los autores citados parecen haber proporcionado las bases del estudio de la justicia, ya que en los autores siguientes se observa un apego a estos pensamientos. Por ejemplo, Santo Tomás, en el siglo XIII, repite la noción de Ulpiano y la clasificación de Aristóteles y, a su vez, el filósofo español Francisco Suárez (siglos XVI y XVII) se ajusta al pensamiento de Santo Tomás.

La Constitución venezolana, vigente desde 1999, concede gran importancia a la idea de justicia, incluso dándole preferencia frente al Derecho. El artículo 2 de dicha Constitución habla de Venezuela como un Estado de Derecho y de Justicia; y otros artículos, 26 y 257, dicen que debe darse preferencia a la justicia ante formalismos o reposiciones inútiles y que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

3. Bien Común

A. Noción. Los términos bien común y bien individual resultan aparentemente opuestos, pero son al mismo tiempo correlativos, ya que uno invoca al otro. El bien común limita al bien individual, y en eso realmente se le opone, lo cual se muestra muchas veces necesario para la existencia social. Pero no es menos cierto que algunas disposiciones que se adoptan para obtener un bien común inmediato, resultan en definitiva en un incremento del bien individual. Por ejemplo, si se dictan medidas para lograr el orden público y la seguridad ciudadana, esto implica un bien de la comunidad, que se traduce en mayor calidad de vida para los individuos particulares. En este sentido bien común y bien individual no son opuestos propiamente, sino más bien complementarios.

El bien común supone *la mayor suma de felicidad posible para los miembros de una comunidad*. Se regula la actividad individual para que sea posible la vida colectiva y dentro de ella, la de cada quien. Supone, pues, un delicado equilibrio entre los intereses colectivos y los intereses individuales.

B. Requisitos del bien común. Según Santo Tomás, tienen que reunirse algunos elementos para que pueda lograrse el bien común de la sociedad.

En primer lugar, tiene que haber abundancia de bienes materiales. Si una sociedad no cuenta con suficientes recursos económicos, no es posible que tenga bien común. Las sociedades muy pobres deben comenzar por atender este problema que resulta prioritario. Sin embargo, no basta con tener abundancia de recursos materiales. Son necesarios también los bienes espirituales, como la educación del pueblo, la formación tecnológica, tener buenas leyes, el hábito de obedecerlas y del recto proceder, etc. Adicionalmente, Santo Tomás incluye como otro elemento importante, una relación amistosa entre los miembros de la sociedad, es decir, que haya respeto y consideración en las relaciones humanas. Por último, Santo Tomás señala la necesidad de que los ciudadanos persigan un fin común. Si las personas se encuentran divididas en cuanto a sus objetivos, lo más probable es que la comunidad se paralice, en vez de que todos sigan un mismo camino.

El bien común está relacionado con el fin mencionado con anterioridad, la justicia. Para que pueda lograrse el bien de la colectividad, es necesario que haya justicia en las relaciones de los individuos.

4. Seguridad jurídica

A. Noción. La seguridad jurídica es uno de los fines más importantes del Derecho. Significa para los ciudadanos *tener certeza, saber a qué atenerse en cuanto a la observancia del Derecho establecido y de los derechos de cada uno.* El Estado debe garantizar a todos los miembros de la colectividad el respeto a sus derechos y el debido castigo en caso de infracción. Atienza dice que, según Kelsen, la seguridad colectiva "logra su grado más elevado cuando el uso de la fuerza es un monopolio de los órganos establecidos por el propio Derecho, esto es, en el Estado moderno" (1998: 105).

B. Requisitos de la seguridad jurídica. Se necesitan ciertos requisitos básicos para que pueda haber seguridad jurídica en una sociedad: que haya un adecuado sistema de normas, que existan órganos encargados de la aplicación de las normas y que los dirigentes de la comunidad tengan efectivamente la voluntad de respetar y aplicar el Derecho.

C. Principios de la seguridad jurídica. Los ordenamientos jurídicos tienen que incluir una serie de principios indispensables que conforman la seguridad jurídica:

1. *La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento.* Este principio está contenido en el artículo 2 del Código Civil venezolano de 1982 y significa que no puede alegarse el desconocimiento de las normas jurídicas para obviar su cumplimiento. Si no existiera este principio sería muy difícil aplicar las normas jurídicas, porque siempre podría alegarse desconocimiento. También el Código Penal incluye este principio en el artículo 60 (Código de 2005): "la ignorancia de la ley no excusa ningún delito o falta".
2. *Irretroactividad del Derecho.* El artículo 24 de la Constitución venezolana de 1999 y el 3 del Código Civil de 1982, consagran este principio que impide aplicar una norma a hechos ocurridos antes de su entrada en vigencia. Las leyes sólo se aplican hacia el futuro, no hacia el pasado. Este principio tiene una excepción en la mayoría de los países, en materia penal. En Venezuela la excepción está prevista en la propia Constitución (artículo 24) y en el Código Penal de 2005 (con reformas del 2006 y 2011), al establecer que podrá haber efecto retroactivo en cuanto una disposición favorezca al reo (artículo 2). La irretroactividad es indispensable para saber a qué atenerse en cuanto al Derecho vigente en cada momento y se fundamenta en razones de justicia y de certeza. La Constitución señala que las leyes de procedimiento se aplicarán desde que entran en vigencia, pero en los procesos penales las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron.
3. *Principio de legalidad.* Este principio significa que los órganos del poder público sólo pueden actuar de acuerdo a lo establecido en las leyes. En caso de usurpar una atribución que no les ha sido conferida, sus actos son nulos. En la Constitución venezolana está previsto en los artículos 137 y 138. De esta forma los administrados saben cuáles son las facultades de los funcionarios del Estado.
4. *Principio de plenitud hermética del ordenamiento jurídico.* Establece para los ciudadanos un principio contrario a lo que rige para los funcionarios con el principio de legalidad. Mientras que los funcionarios tienen

que estar autorizados para actuar, en cuanto a los ciudadanos rige lo contrario: nadie está obligado a hacer lo que no está expresamente ordenado, ni impedido de realizar lo que no está claramente prohibido. La Constitución venezolana, en el artículo 20, consagra el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad sin más limitaciones que las derivadas del derecho de los demás y del orden público y social. Se podría decir que el principio que rige para los particulares es el de la libertad de acción salvo lo estipulado en las leyes, mientras que para los órganos del Estado la posibilidad de actuar tiene que ser consagrada por las leyes. De igual forma este principio permite tener certeza sobre cuáles son las obligaciones y las prohibiciones para cada uno.

5. *Principio de división de poderes.* Es un principio fundamental para la subsistencia del Estado liberal de Derecho. La idea de dividir en tres ramas el poder, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, a los cuales la Constitución venezolana agrega el poder Ciudadano y el Electoral (artículo 136), obedece al deseo de no permitir que se acumule demasiado poder en unas solas manos. En las monarquías absolutas se atribuía al Rey todas las funciones del Estado. Como una manera de luchar contra el absolutismo, contra el autoritarismo, se pensó en crear la independencia de los poderes, de tal modo que se logre un delicado equilibrio entre ellos. Si no hay división de poderes efectivo, no se puede hablar realmente de democracia. El ciudadano quedará expuesto a la arbitrariedad de un gobierno demasiado poderoso y no se garantizarán los derechos de cada quien.

   En la Constitución venezolana, artículo 203, se prevé la posibilidad de que la Asamblea Nacional delegue en el Presidente de la República la facultad de legislar, sin que la Constitución limite las materias y el tiempo para esta delegación, limitaciones que quedan a cargo de la Asamblea Nacional. Esta falta de restricciones en el texto constitucional podría considerarse que lesiona el principio de división de los poderes. Podría suceder que por una ley habilitante, un Presidente modifique, por ejemplo, la Ley del Trabajo, en vez de hacerlo la Asamblea Nacional, como corresponde según la Reserva Legal.

   Igualmente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica del mismo Tribunal, de 2010 (artículo 25), reúne un cúmulo de atribuciones que convierte a esta Sala en un organismo con mucho poder. Se afecta el debido equilibrio de poderes.

6. *Prescripción y Caducidad.* La prescripción es un medio de adquirir un derecho o libertarse de una obligación por el transcurso del tiempo y bajo las demás condiciones determinadas por la ley (artículo 1.952 del Código Civil venezolano). Quiere decir que no se prolonga en el tiempo una situación dudosa en relación con derechos y obligaciones, ya que con el transcurso del tiempo y el cumplimiento de otros requisitos, se pierden o se adquieren derechos y obligaciones. Esto contribuye a la certeza sobre la situación jurídica de las personas, sus deberes y derechos.

   Caducidad es un lapso establecido para ejercer un derecho. Transcurrido ese lapso lo que se pierde es la posibilidad de ejercer el derecho. Esto sucede, por ejemplo, con el derecho de apelar una sentencia. Pasado el lapso establecido para ello, ya no se puede intentar el recurso y la sentencia queda definitivamente firme. Gracias a este mecanismo no se prolonga una situación de incertidumbre con relación a un derecho.

   El lapso de la prescripción puede interrumpirse, comenzando de nuevo ese transcurso. No sucede lo mismo con el lapso de caducidad, que corre inexorablemente. Las acciones reales prescriben a los 20 años, las personales a los 10 años (artículo 1.977 del Código Civil venezolano) y hay prescripciones especiales que son más breves.

7. *Ausencia.* El Código Civil venezolano de 1982 dice en su artículo 418: "La persona que haya desaparecido de su último domicilio o de su última residencia y de quien no se tenga noticia se presume ausente". Luego el código establece otras etapas del proceso: declaración de ausencia, presunción de muerte, con las previsiones jurídicas para cada caso. De esta forma se evita cualquier situación de incertidumbre para los herederos, los acreedores, etc., permitiendo conocer la regulación que la ley establece en esas situaciones.

8. *Cosa juzgada* o *non bis idem.* Dice el aparte último del artículo 1.395 del Código Civil venezolano: "La autoridad de cosa juzgada no procede sino respecto de lo que ha sido objeto de una sentencia. Es

necesario que la cosa demandada sea la misma; que la nueva demanda esté fundada sobre la misma causa; que sea entre las mismas partes, y que éstas vengan al juicio con el mismo carácter que en el anterior".

Gracias a este principio, cuando hay una sentencia que se vuelve definitivamente firme, no puede plantearse de nuevo el mismo caso en los tribunales. Si no existiera este efecto de cosa juzgada, no habría nunca tranquilidad con relación a un litigio que ha sido ya resuelto. Evita la situación de inseguridad al respecto. Si alguien intentara de nuevo una demanda en un caso con sentencia definitivamente firme, se puede oponer la cosa juzgada como cuestión previa, en el lapso para la contestación de la demanda. También en materia Penal se establece este principio El artículo 21 del Código Orgánico Procesal Penal de 2012 dice: "Concluido el juicio por sentencia firme no podrá ser reabierto, excepto en el caso de revisión conforme a lo previsto en este Código".

En relación con la cosa juzgada existe en el ordenamiento jurídico venezolano una previsión que podría atentar contra ella. Se trata del *recurso de revisión* previsto en la Constitución venezolana (artículo 336, numeral 10) y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010 (artículo 25, numerales 10 y 11). En virtud de este recurso, la Sala Constitucional del máximo Tribunal puede revisar una sentencia definitivamente firme, dictada por otro Tribunal, o incluso por otra Sala del mismo Tribunal Supremo de Justicia. El problema con este recurso es que no se limita en el tiempo la oportunidad para intentarlo, ni se especifica en cuáles casos podrá presentarse. De esta manera, la Sala Constitucional podrá en todo momento revisar una sentencia definitivamente firme que incurra en cualquier violación de principios constitucionales, o desconocimiento de algún precedente dictado por la Sala Constitucional. Las referencias no son muy precisas para este recurso de revisión, lo cual atenta contra el efecto de cosa juzgada y por ende contra la seguridad jurídica.

En materia Civil existe un *recurso de invalidación* (artículo 346 del Código de Procedimiento Civil venezolano de 1986) y en materia Penal un *recurso de revisión* (artículo 462 del Código Orgánico Procesal Penal venezolano de 2012). En ambos casos hay ciertas restricciones para intentar los recursos, como especificación de los casos excepcionales en que procede,

limitación en el tiempo para intentarlo, precisión de que sólo procede en beneficio del imputado, etc. En cambio en el *recurso de revisión constitucional* no hay mayores acotamientos.

5. Tolerancia

A. Noción de la tolerancia. Cuando Atienza habla del valor justicia, se detiene a examinar la idea de igualdad (1998: 92 y ss.). Quizás la noción de tolerancia es un poco más amplia que la simple igualdad y por eso parece preferible considerar la tolerancia, además de analizar la justicia. La intolerancia parte del supuesto de que hay diferencias entre los hombres y que existe una actitud de rechazo al que es diferente. La intolerancia puede provenir tanto de los gobernantes como de los ciudadanos. En etapas históricas anteriores la idea de tolerancia está vinculada a la acción del gobierno que permite algo que antes no se tenía por lícito. Así, por ejemplo, el edicto del Emperador Constantino, que suspende la persecución de los cristianos. El Emperador otorga libertad religiosa a sus súbditos, lo cual se considera una gracia del Soberano. Recientemente la idea de tolerancia ha evolucionado, presentándose como algo similar al respeto mutuo. Se podría describir como *"reconocimiento de la legitimidad de las peculiaridades ajenas, de lo que es diferente"* (Tosta, 2012: 153). Como dice Fetscher, el reconocimiento de la legitimidad de lo diferente implica no sólo igualdad de derechos, sino también equiparación en cuanto a respeto y consideración de las creencias y prácticas de los otros, diferentes a las propias. El respeto debe provenir de las leyes, del gobierno y de los ciudadanos (citado por Tosta, 2012: 153).

B. Origen de la intolerancia. A lo largo del tiempo la exclusión de personas o pueblos se ha producido bien por causa de creencias religiosas o políticas, o bien por el hecho de pertenecer a una raza, a una nación, a un estrato social, etc. Se puede sintetizar diciendo que la causa de las diferencias entre las personas, objeto de rechazo, son las ideas o alguna condición de las personas. Se persigue al que tiene determinada creencia, como sucedió con los cristianos durante siglos; o se discrimina al que pertenece a la raza negra, a la nación judía, etc.

Pero ¿por qué se teme al que es diferente? Fetscher cree que los que rechazan a otros, no están seguros de su propio valor; piensan que los

diferentes podrían resultar mejores que ellos, o más fuertes y constituir un peligro para la propia seguridad, lo cual crea *temor* (citado por Tosta, 2012: 148). Por eso comienzan por atacar primero, como mecanismo de defensa. Los ataques pueden consistir en la exclusión social, o la persecución económica o política, o una agresión física, incluida la muerte.

También se teme al diferente a causa del *fanatismo*. El fanático defiende apasionadamente una creencia religiosa o política y suele creer que es su obligación imponer a los demás esa creencia, incluso por la fuerza.

Habría que agregar a estas causas de intolerancia la *agresividad* de los seres humanos. Esto se traduciría en el deseo de imponerse a los demás, de humillar a los otros.

C. Lucha contra la intolerancia. Para llevar adelante esta lucha resulta útil comenzar por precisar y *tomar conciencia* del origen de la intolerancia, tratar de combatirlo desde su raíz, y luego *difundir una serie de valores*, como la creencia en la coexistencia pacífica, en el respeto mutuo como medio para alcanzar la paz, en la libertad de los hombres, la aceptación de las diferencias por la dignidad de las personas humanas y por el enriquecimiento que significa la diversidad para la humanidad. Desde luego, la implantación de estos valores debe hacerse a través de la educación y la reflexión sobre el tema.

D. Principios de la tolerancia. Para que una sociedad sea tolerante es necesario que su ordenamiento jurídico encierre ciertas disposiciones indispensables.

1. *Principio de igualdad.* Es preciso que se prohíba la discriminación por la condición de las personas (edad, sexo, raza, etc.) y por sus creencias (religiosas o políticas). La Constitución venezolana de 1999 encierra una serie de disposiciones en este sentido en los artículos 21, 56, 57, 59, 61, 68, 88, 89, 119.
2. *Principio de libertad.* Para garantizar la libertad de los individuos deben consagrarse una serie de principios, algunos de los cuales ya se examinaron a propósito de la seguridad jurídica: principio de plenitud hermética del ordenamiento jurídico (artículo 20 de la Constitución), principio de legalidad (artículos 137 y 138 de la Constitución), principio de división de poderes (artículo 136 de la Constitución), principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege* (artículo 49, numeral 6, de la Constitución), límites en caso de arresto (artículos 44,45,46 y 49 de la Constitución).
3. *Garantía del Estado a los derechos fundamentales* (artículo 19 de la Constitución).
4. *Acceso a la justicia* (artículo 26 de la Constitución)
5. *Institución del amparo constitucional* (artículo 26 de la Constitución).
6. Derecho a hacer *peticiones a los organismos internacionales* (artículo 31 de la Constitución).

6. Estado de Derecho

A. Noción. Después de la Edad Media se generalizó en Europa el sistema de gobierno de la monarquía absoluta. El régimen se caracterizaba por la acumulación del poder en unas solas manos, las del Soberano, en cuyo nombre se dictaban leyes, se administraba justicia y se cumplían todas las funciones del Estado. A mediados del siglo XVII en Francia un Monarca, Luis XIV, sintetizó la situación diciendo: *L'Etat c'est moi*, el Estado soy yo. Pero en un cierto momento comenzó una reacción contra el Estado absolutista, se realizaron una serie de revoluciones de corte liberal, lo cual dio paso al establecimiento de lo que se conoció como el Estado de Derecho. Desde entonces, la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo persiguen como un fin principal la constitución de un Estado de Derecho, donde no haya diferencias entre los ciudadanos y todos estén sometidos por igual a la autoridad de la ley.

Tal Estado se caracteriza porque *toda su actividad transcurre dentro de cauces legales*. La máxima autoridad no descansa en una persona sino en la ley. Puede considerarse a Aristóteles como precursor de esta idea, cuando dijo: "Por este motivo no permitimos que gobierne el hombre, sino la ley" (1961: 122). La actividad que el Estado puede desarrollar y sus limitaciones derivan del Derecho. Es la ley la que confiere cualquier poder, estando el ejercicio del mismo regulado y delimitado por ella.

B. Principios. Varios de los principios necesarios para que se constituya un Estado de Derecho han sido examinados a propósito de la seguridad jurídica y de la tolerancia. Se mencionarán de nuevo ésos y otros principios. Ellos se refieren a la organización del Estado y a la situación del ciudadano frente al Estado[1]. La idea fundamental es el aseguramiento de la libertad del individuo y la protección de sus derechos en relación con la organización política soberana. Los más importantes de esos principios son los siguientes:

1. Separación de poderes del Estado. Si todo el poder se concentra en unas solas manos, hay peligro de autoritarismo y arbitrariedad; de aquí la idea de crear varios poderes, atribuyendo funciones específicas a cada uno y estableciendo que puedan actuar con total independencia unos de otros. Desde luego, la separación de funciones no excluye que haya excepciones y colaboración de diferentes poderes en una misma función, como cuando se otorga facultad legislativa al poder ejecutivo, o colaboración del ejecutivo en la formación de las leyes. Pero lo que sí es importante es que haya un sistema de contrapesos entre los poderes, de modo que se asegure un cierto control de unos respecto de otros; igualmente importante es que cada uno pueda actuar sin presiones e influencias de los otros.

Se produce una situación de verdadero desorden en el funcionamiento del Estado, cuando un poder asume las funciones de otro, violando claramente la Constitución. En Venezuela, los directivos del Consejo Nacional Electoral deben ser elegidos por la Asamblea Nacional, con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes (artículo 296 de la Constitución). Cuando la Asamblea Nacional deje de cumplir con su obligación de dictar normas o medidas necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución, corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declarar la inconstitucionalidad de la omisión del Poder Legislativo y establecer el plazo y, si fuera necesario, los lineamientos para su corrección (artículo 25, 7 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia). En ningún caso puede ir más allá de declarar la omisión de la Asamblea Nacional, nunca es competencia de la Sala Constitucional el nombramiento de los rectores del Consejo Nacional

1 En relación con el Estado de Derecho y sus principios se puede ver: GARCÍA-PELAYO, 1953, pp.157-162; LARES MARTÍNEZ, 1992, pp.195-198; TORREALBA SÁNCHEZ, 2013, p. 25

Electoral, pero es lo que ha hecho mediante sentencias del 25.08.03 y del 26.12.14. De modo que la Sala Constitucional violó la Constitución en esas oportunidades, al asumir funciones que corresponden a la Asamblea Nacional. Por su parte, con ocasión de una sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Justicia, la Asamblea Nacional emitió un pronunciamiento en marzo del año 2010, condenando dicha sentencia, como si estuviera entre sus atribuciones interferir en la administración de justicia. Y el Presidente de la República, amparado en leyes habilitantes otorgadas por la Asamblea Nacional ha dictado, mediante Decretos, leyes sobre materia laboral, o normas de procedimiento procesal penal y otras por el estilo, que son competencia exclusiva de la Asamblea Nacional, de acuerdo a la reserva legal consagrada en la Constitución. Pero la función de legislar, que se supone corresponde a la Asamblea Nacional, ha sido usurpada también por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en varias oportunidades. Fue muy comentada la sentencia del 27.02.07, mediante la cual modificó el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta. La Asamblea Nacional emitió un pronunciamiento el 22.03.07, declarando inconstitucional esa sentencia de una Sala, que justamente es la encargada de salvaguardar la constitucionalidad en el país.

Las actuaciones del Ejecutivo, del Tribunal Supremo de Justicia y del Poder Legislativo en los casos citados, han configurado una distorsión de lo que debe ser un Estado de Derecho. De manera lamentable Venezuela es un ejemplo, en los últimos años, de lo que no debe ser un país que pretenda constituir un Estado de Derecho. Para que toda su actividad transcurra dentro de cauces legales, no basta con dictar normas adecuadas. Hay algo definitivamente necesario y que falta por completo en la Venezuela de hoy: el hábito de obedecer las leyes. En la sociedad es frecuente la crítica por el hecho de que no se aplican las leyes, pero la población no se da cuenta que ella tiene que empezar por desarrollar el respeto a todas las normas. El Gobierno y los ciudadanos deberán tomar conciencia de este detalle, propio de pueblos civilizados, y ajustar sus conductas a las normas, por encima de sus intereses personales y políticos. El famoso sistema de contrapesos entre poderes, reducido al control constitucional, se ha mostrado con frecuencia ineficaz en Latinoamérica. Hace falta un control social, que no puede darse si no hay una adecuada formación política de la población.

2. *Escogencia de los titulares de los poderes* por los ciudadanos, al menos del legislativo y del ejecutivo. Es necesario que haya procedimientos de elección previamente establecidos y del mismo modo, deben estar previstos los procedimientos de remoción de los funcionarios.

3. *Principio de legalidad.* De acuerdo a este principio ningún órgano del Estado tendrá más atribuciones que las que le confiera la ley y su actuación tendrá que estar ajustada por completo a la ley.

4. *Control judicial de actuaciones* de los poderes públicos. No basta prever la necesidad de que los funcionarios actúen de acuerdo a Derecho, es necesario establecer un control jurisdiccional de su desempeño en el ejercicio de las funciones de los órganos del Estado. De manera especial, una jurisdicción contencioso-administrativa consistente, para que el Estado tenga una mayor connotación de Estado de Derecho, como diría Moles Caubet[2].

5. Consagración constitucional de los *derechos individuales*, añadiendo la debida protección en la carta magna. Esto incluirá, por ejemplo, el recurso de amparo constitucional, ante la violación de los derechos fundamentales del ciudadano, y el fácil acceso a la justicia.

6.Principio de *plenitud hermética del ordenamiento jurídico*, de acuerdo al cual ningún ciudadano está obligado a realizar una conducta que no esté expresamente establecida en la ley, ni impedido de realizar aquello que no esté claramente prohibido por la misma. Mientras que un funcionario no puede actuar a menos que esté autorizado por una ley (principio de legalidad), un ciudadano siempre puede actuar libremente, a menos que una ley establezca obligaciones o prohibiciones (principio de plenitud hermética).

7. Responsabilidad del Estado por sus actos, frente a los ciudadanos. El Estado se hace responsable frente a los ciudadanos por la violación a sus derechos, bien por sus acciones o bien por sus omisiones, teniendo incluso la obligación de indemnizarlos por los daños ocasionados.

---

2 Citado por Torrealba S., Miguel Ángel, 2013: 13

C. *Arbitrariedad y poder discrecional* Teniendo en cuenta lo que es el Estado de Derecho y la preeminencia de la ley dentro de esta noción, resulta importante precisar dos figuras que pueden poner en duda el apego a los principios legales. Se trata de la *arbitrariedad* y el *poder discrecional.* En la *arbitrariedad* puede incurrir un órgano del Estado, cuando actúa de acuerdo a su capricho, sin ajustarse a una regla establecida y cuando esta actuación es contraria a Derecho, negadora de lo jurídico. De acuerdo al principio de legalidad (artículo 137 de la Constitución), los órganos que ejercen el Poder Público deben sujetar su actividad a la Constitución y las leyes. En Venezuela, corresponde al Poder Ciudadano, entre otras cosas, velar por la aplicación del principio de legalidad (artículo 247 de la Constitución).

El *poder discrecional*, por su parte, se le concede a un funcionario cuando una norma lo autoriza para resolver algo de acuerdo a su criterio. Por supuesto, el poder discrecional debe usarse dentro de ciertos límites, porque en caso de incurrir en algún exceso, puede intentarse un recurso por desviación de poder, previsto en el artículo 139 de la Constitución, que establece la responsabilidad individual por abuso o desviación de poder, o por violación de la Constitución o de la ley. De modo que en la arbitrariedad el representante del Estado actúa según su criterio, pero contrariando el Derecho, porque no está autorizado para ello. En cambio en el caso del poder discrecional el funcionario resuelve según su parecer, pero está facultado para hacerlo por una norma.

No hay que confundir el acto injusto con cualquiera de estas dos figuras, porque podría darse, por ejemplo, un acto que a pesar de ser arbitrario, sea considerado conforme con la justicia. La Constitución vigente separa lo jurídico de lo justo, al consagrar al país como un Estado de Derecho y de Justicia (artículo 2 de la Constitución) y al ordenar (en el artículo 257 de la Constitución) que no se sacrifique la justicia por la omisión de formalidades no esenciales. Al quedar a criterio del juez lo que se entiende por justo, a lo cual dará preferencia eventualmente sobre la ley, se produce una cierta inseguridad jurídica para los ciudadanos, que no tendrán certeza de cuál será el criterio de acuerdo al cual se resolverán las cuestiones.

ESQUEMA DE FINES DEL DERECHO

1. Introducción

A. Fines del Derecho

B. Axiología jurídica: positiva
pura

norma que debe ser (derecho natural)
norma (deber ser) que es (derecho positivo)
conducta que es en la realidad

2. Justicia

Platón
Aristóteles
Ulpiano
Autores posteriores
Constitución venezolana

3. Bien común

A. Noción

B. Requisitos

4. Seguridad jurídica

A. Noción

B. Requisitos

C. Principios 1. Ignorancia de la ley
2. Irretroactividad del Derecho
3. Principio de legalidad
4. Principio de plenitud hermética
5. Principio de división de poderes
6. Prescripción y Caducidad
7. Ausencia
8. Cosa juzgada

5. Tolerancia

A. Noción

B. Origen de la intolerancia

C. Lucha contra la intolerancia

D. Principios 1. Principio de igualdad
2. Principio de libertad Plenitud hermética
Legalidad
División de poderes
Nullum crimen
Límites en caso de arresto
3. Garantía a los derechos fundamentales Nulidad de actos
Sanciones
Indemnizaciones
4. Acceso a la justicia
5. Amparo constitucional
6. Peticiones a organismos internacionales

6. Estado de Derecho

A. Noción

B. Principios

1. Separación de poderes del Estado
2. Escogencia de los titulares de los poderes
3. Principio de legalidad
4. Control judicial de los poderes públicos
5. Consagración constitucional de los derechos individuales
6. Principio de plenitud hermética
7. Responsabilidad del Estado frente a los ciudadanos

C. Arbitrariedad y poder discrecional

CUESTIONARIO

1. ¿Qué son los fines del Derecho?
2. ¿Cómo distingue la axiología jurídica positiva de la axiología jurídica pura?
3. ¿Cómo entiende Platón la justicia?
4. ¿Qué es la justicia para Aristóteles?
5. Clases de justicia según Aristóteles
6. ¿Qué es el bien común?
7. ¿Cuáles son los requisitos del bien común?
8. Noción de seguridad jurídica
9. Requisitos de la seguridad jurídica
10. ¿Qué significa el principio de la ignorancia de la ley?
11. ¿Qué es la irretroactividad del Derecho? ¿Tiene excepción?
12. Explique el principio de plenitud hermética del ordenamiento jurídico
13. ¿Cuál es la importancia de la división de poderes?
14. ¿En qué consiste la cosa juzgada?
15. En el ordenamiento venezolano ¿hay algo que atenta contra la cosa juzgada?
16. ¿Cuál es el origen de la intolerancia?
17. ¿Qué implica el principio de igualdad?
18. ¿Qué abarca el principio de libertad?
19. ¿Qué previsiones hay sobre los derechos fundamentales?
20. Derecho frente a los organismos internacionales
21. ¿Qué es un Estado absolutista?

22. ¿Cómo describiría al Estado de Derecho?
23. ¿Cuáles son sus principios fundamentales?
24. ¿Cómo distingue usted la arbitrariedad del poder discrecional?
25. El acto arbitrario es necesariamente injusto?

CAPÍTULO 5

NORMA JURÍDICA

Regularmente se describe al Derecho como un conjunto de normas que tienen ciertas características; de aquí que la idea de norma es central para la concepción del Derecho. Es una noción básica la que se aborda en este capítulo. Se tratará de examinar lo que es una norma jurídica, especialmente desde el punto de vista de su estructura lógica, porque este análisis constituye una herramienta fundamental que ayuda a comprender lo que quiere decir una norma y por tanto, facilita lo que se llama la interpretación del Derecho, para su aplicación en la práctica.

1. Nociones básicas

El conocimiento, en general, consiste en la aprehensión del objeto en el pensamiento. En la actividad de conocer se usan conceptos, juicios y razonamientos. *El concepto* reúne los rasgos esenciales de un objeto. El *juicio* es una conexión de conceptos que enuncia algo, consiste en decir algo de algo. Supone la atribución de un predicado a un sujeto. Por ejemplo, cuando se dice "la gripe es contagiosa", se atribuye el predicado "contagiosa" al sujeto "la gripe", se dice algo de la gripe. El *razonamiento* implica una relación de juicios; es un conocimiento que resulta de otros anteriores. Se enlazan juicios, como cuando se dice:

Todos los hombres son mortales
Sócrates es hombre
Luego Sócrates es mortal.

En el estudio de la norma jurídica se ha usado la comparación de la norma jurídica con el juicio, como se verá más adelante.

El conocimiento se expresa a través de un lenguaje. En el caso del juicio se dice que se manifiesta a través de una *proposición*. Las proposiciones pueden ser *enunciativas*, que cumplen una función informativa; por ejemplo, si se dice que la puerta está cerrada, simplemente se notifica un dato de la realidad. Hay proposiciones *vocativas*, que sirven para expresar emociones, para trasmitir sentimientos. Por último, se habla de la proposición *imperativa*, cuya función es directiva, pretende guiar la conducta en algún sentido. Desde luego, las normas jurídicas han sido consideradas *juicios, que se expresan a través de proposiciones imperativas*.

2. Elementos lógicos de la norma

Se dice que una norma jurídica consta de tres elementos básicos: *supuesto de hecho, nexo* y *consecuencia jurídica*. El supuesto de hecho y la consecuencia jurídica son términos correlativos, están en relación recíproca. Se entiende por *supuesto de hecho* todo el conjunto de circunstancias o elementos previstos en una norma, al que se atribuye una consecuencia. Es preciso que se produzcan los elementos descritos en el supuesto de hecho para que tenga lugar la consecuencia jurídica. Y la *consecuencia jurídica* es lo que la norma establece como el resultado del supuesto de hecho. El *nexo* es el vínculo que establece la conexión entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Si se dice, por ejemplo, todo el que realiza un contrato válido debe cumplir lo pactado, "la realización del contrato válido" es el supuesto de hecho; "debe" es el nexo entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica; y "cumplir lo pactado" es la consecuencia jurídica. Hay que tener en cuenta que una disposición jurídica puede redactarse usando expresiones como "será", "es", u otras similares, como cuando se dice "el que da muerte voluntariamente a otra persona será castigado con pena de presidio", etc. Sin embargo, hay que saber que la norma jurídica no quiere informar de algo que pasará en la realidad, aunque diga que "tal cosa será", o palabras parecidas. En verdad una norma lo que quiere decir es que determinada conducta "debe ser" enlazada a otra; que para el caso de cierta conducta, "debe" establecerse determinado castigo. Por eso se señala que el nexo en la norma jurídica es "debe ser".

El supuesto de hecho puede ser simple o complejo, según que conste de un solo elemento o de varios. Lo mismo sucede con la consecuencia jurídica,

que puede ser simple o compleja. Si el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica son complejos, es posible que deban darse todos los elementos que los constituyen; en ese caso se habla de supuesto de hecho o consecuencia jurídica con *elementos dependientes*. O podría ocurrir que de los varios elementos sólo deba estar presente uno de ellos, en cuyo caso el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica contienen *elementos independientes*. También puede suceder que se combinen elementos dependientes e independientes, en cuyo caso el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica son *complejos con elementos mixtos*. Veamos un ejemplo.

> "Todo el que sin intención de matar pero sí de causarle daño, haya ocasionado a alguna persona un sufrimiento físico, un perjuicio a la salud o una perturbación en las facultades intelectuales, será castigado con prisión de 3 a 12 meses"

En este caso el nexo está representado por la palabra "será". El castigo de prisión es la consecuencia jurídica y todo lo anterior al nexo es el supuesto de hecho de la norma. Separando los elementos del supuesto de hecho, resulta:

a) Todo el que sin intención de matar a alguna persona

b) pero sí de causarle daño

c) haya ocasionado un sufrimiento físico o

d) haya ocasionado un perjuicio a la salud o

e) haya ocasionado una perturbación en las facultades intelectuales

Como se pueden distinguir 5 elementos, se dice que el supuesto de hecho es complejo. De esos 5 elementos, tienen que estar presentes, para que haya consecuencia jurídica, el elemento a), el b) y uno cualquiera entre c), d) o e). Se dice entonces que los elementos a,) b) y uno de los otros, son elementos dependientes para la consecuencia jurídica, pero los elementos c), d) o e), son independientes entre sí. De modo que hay elementos mixtos.

Cuando se está estudiando un supuesto de hecho o una consecuencia jurídica, para que se entiendan bien los elementos que se separan, cada una de las frases que los describen debe tener sentido, debe ser lo más completa posible, repitiendo palabras que en el texto no aparecen repetidas.

3. Doble estructura de la norma jurídica

El famoso autor Hans Kelsen explica que la norma jurídica presenta una doble estructura, que puede representarse con la siguiente fórmula:

Si es A debe ser B	norma secundaria
Si es no B debe ser C	norma primaria

En esta figura la letra "A" y la expresión "no B" son ambos supuestos de hechos y las letras "B" y "C" son ambas consecuencias jurídicas. De modo que tanto la norma secundaria como la primaria tienen cada una un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Los supuestos de hecho (A y no B) son los requisitos necesarios para que sucedan las consecuencias jurídicas; y éstas (B y C), son los resultados previstos en la norma para los supuestos de hechos. La primera consecuencia jurídica (B) es el deber jurídico que la norma establece, la conducta que el Derecho desea que se realice. La segunda consecuencia jurídica (C) es la sanción, la consecuencia desfavorable por el incumplimiento del deber jurídico.

En la doble estructura, el primer tramo de la fórmula se denomina norma secundaria y la segunda parte, norma primaria. La razón de que el tramo que aparece primero se denomine norma secundaria y luego venga la primaria, se entenderá más adelante. La norma secundaria establece la conducta que es debida y la norma primaria encierra la sanción, para el caso de que no se cumpla con la conducta debida. Veamos un ejemplo de esta doble estructura:

> Si haces un contrato (Si es A), debes cumplir las obligaciones derivadas del mismo (debe ser B), norma secundaria.
>
> Si no cumples esas obligaciones (si no es B), serás embargado (debe ser C), norma primaria.

La norma secundaria algunas veces no aparece de forma explícita, como por ejemplo cuando en una norma se dice simplemente que "el que da muerte voluntariamente a otra persona deberá ir a la cárcel por determinado número de años". Esta es una norma primaria, ya que establece la sanción, y no aparece la norma secundaria, la conducta debida. Sin embargo, es fácil deducir cuál es la norma secundaria, a partir de la primaria. Si por matar envían a una persona a la cárcel, está implícito que la conducta debida es no

matar. Hay que observar que se puede inferir la norma secundaria a partir de la primaria, pero no se puede lo contrario, inferir la primaria a partir de la secundaria. Si se estableciera una conducta debida (norma secundaria), sin añadir un castigo para el caso de incumplimiento (norma primaria), no se puede inventar una sanción para ese caso. Entonces está claro que la norma secundaria está implícita en la primaria, ya que la conducta debida es la contraria a la sancionada. Esto explica por qué se llama primaria a la parte de la doble estructura que encierra la sanción, ya que de manera tácita encierra también la norma secundaria.

Hay que tener presente que la tesis de Kelsen ha sido objeto de reparos. Uno de los críticos más destacados que puede mencionarse es el autor inglés H.L.A.Hart. Por cierto que este autor también habla de normas primarias y secundarias, pero en un sentido muy diferente al de Kelsen. Para Hart, las normas primarias son las que establecen una conducta debida a los individuos, bajo la amenaza de sanción. Es decir, que la norma primaria en Hart incluye el deber y la sanción. Se dirigen a los ciudadanos, indicándoles la conducta que deben observar, y a los funcionarios, encargados de aplicar los castigos en caso de infracción. En cambio las normas secundarias para Hart son las que se refieren, de un modo o de otro, a las normas primarias. Dentro de estas secundarias hay las reglas de reconocimiento, que tienen que ver con la validez de las normas; las reglas de cambio, que autorizan a dictar normas primarias que creen deberes y derechos. Es el caso de las normas que autorizan a la Asamblea Nacional a dictar leyes, o las que autorizan a los particulares a realizar negocios jurídicos. Y por último, las reglas de adjudicación, que atribuyen competencia a ciertos órganos, por ejemplo los tribunales, para determinar si se ha violado una norma primaria.

4. Análisis lógico de la norma jurídica

Para entender adecuadamente una norma, puede ayudar el hecho de comenzar por separar cada uno de los elementos lógicos que la componen. Para hacer un análisis lógico de una norma jurídica dada, es conveniente tener en cuenta algunas observaciones.

a) Orden del texto. Si vemos el artículo 32 de la Constitución vigente en Venezuela encontraremos lo siguiente:

"Son venezolanos por nacimiento:

i. Toda persona nacida en territorio de la República

ii. Toda persona nacida en territorio extranjero, hijo o hija de padre venezolano por nacimiento y madre venezolana por nacimiento.

iii. Toda persona nacida en territorio extranjero, hijo o hija de padre venezolano por nacimiento o madre venezolana por nacimiento, siempre que establezcan su residencia en el territorio de la República o declaren su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana.

iv. Toda persona nacida en territorio extranjero de padre venezolano por naturalización o madre venezolana por naturalización, siempre que antes de cumplir dieciocho años de edad, establezca su residencia en el territorio de la República y antes de cumplir veinticinco años de edad declare su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana."

Cuando se busca el supuesto de hecho de ese texto podría suponerse que está comprendido en las palabras "son venezolanos por nacimiento". Esto sería un error, ya que esas palabras son la consecuencia jurídica de un supuesto de hecho complejo, integrado por los 4 numerales que aparecen a continuación de las palabras señaladas. El error podría producirse por creer que el supuesto de hecho es lo primero que aparece en la cita y no siempre es así. De modo que para hacer un análisis lógico, lo primero que hay que hacer es ordenar el texto y no dejarse guiar por las apariencias.

b)Norma secundaria sola. A veces las leyes o la Constitución encierran artículos que contienen una simple definición, o que expresan un buen deseo del legislador. Por ejemplo el artículo 1 de la Constitución dice: "La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional, en la doctrina de Simón Bolívar el Libertador. Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional". Al examinar ese artículo se observa que no hay un deber jurídico y que no hay prevista una sanción para el caso de que Venezuela no sea libre e independiente. Es decir, no hay norma primaria y por tanto, no hay verdadera norma jurídica. En estos casos no es posible hacer un análisis lógico.

c)Norma primaria sola. Si se considera uno de los artículos antes citado del código penal (artículo 413 del Código de 2005), puede leerse: "El que sin intención de matar pero sí de causarle daño haya ocasionado a una persona un sufrimiento físico, un perjuicio a la salud o una perturbación en las facultades intelectuales será castigado con prisión de tres a doce meses". En este caso se trata de una norma primaria y hay que deducir la secundaria para hacer el análisis completo. La secundaria implícita sería: "Ninguna persona, sin intención de matar, pero sí de causar daño, debe ocasionar a otra un sufrimiento físico, ocasionar a otra un perjuicio a la salud, ni ocasionar a otra una perturbación en las facultades intelectuales".

d)Norma en varios artículos. También es posible que una norma completa aparezca no en uno, sino en dos artículos. Los artículos 1.474 y 1.167 del Código Civil venezolano dicen:

> "Artículo 1.474: La venta es un contrato por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa y el comprador a pagar el precio".
>
> "Artículo 1.167: En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiere lugar a ello".

Es necesario interpretarlos en conjunto para encontrar la norma primaria y la secundaria. Si los analizamos en conjunto, veremos que forman una sola norma. El artículo 1.474 del Código Civil comprende la norma secundaria, la conducta debida para el vendedor y el comprador, y el artículo 1.167 del Código Civil constituye la norma primaria, que encierra la consecuencia desfavorable para el caso de incumplimiento de la conducta debida.

e)Varias normas en un artículo Si se produce este caso, es necesario, al analizar el artículo, separar las diferentes normas contenidas, encontrando los supuestos de hechos y las consecuencias jurídicas correspondientes a las normas primarias.

El artículo 183 del Código Penal venezolano de 2005 dice: "Cualquiera que, arbitraria, clandestina o fraudulentamente, se introduzca o instale en domicilio ajeno, o en sus dependencias, contra la voluntad de quien tiene derecho a ocuparlo, será castigado con prisión de quince días a quince meses.

Si el delito se ha cometido de noche o con violencia de personas, o con armas, o con el concurso de varios individuos, la prisión será de seis a treinta meses. El enjuiciamiento no se hará sino por acusación de la parte agraviada".

Si se procede a separar las normas, se podría distinguir que una cosa es instalarse en domicilio ajeno de manera clandestina y con otras circunstancias, lo cual es castigado con prisión de 15 días a 15 meses, y otra situación diferente es instalarse de noche o con violencia, con armas, etc, en cuyo caso la sanción es de 6 a 30 meses. Hay allí dos supuestos de hechos y dos sanciones diferentes.

En resumen, para hacer un análisis lógico completo es necesario establecer la doble estructura de la norma (primaria y secundaria), ordenando el texto y señalando los respectivos supuestos de hecho y consecuencias jurídicas, diciendo si cada uno de los supuestos y de las consecuencias son simples o complejos, enumerando los elementos en caso de que sean complejos los supuestos o las consecuencias y diciendo si los elementos son dependientes o independientes.

Veamos como ejemplo el siguiente caso. El artículo 413 del Código Penal venezolano, varias veces comentado, dice:

> "El que sin intención de matar, pero sí de causarle daño, haya ocasionado a alguna persona un sufrimiento físico, un perjuicio a la salud o una perturbación en las facultades intelectuales, será castigado con prisión de tres a doce meses".

Doble estructura:	Si es A debe ser B	norma secundaria
	Si no es B debe ser C	norma primaria

<u>Norma secundaria:</u>

SH- 1) Ninguna persona sin intención de matar

2) pero sí con intención de causar daño

SH complejo, 2 elementos, dependientes

Nexo: debe

CJ: 1)ocasionar a otra un sufrimiento físico u

2)ocasionar a otra un perjuicio a la salud u

3)ocasionar a otra una perturbación en las facultades intelectuales

CJ compleja, 3 elementos, independientes

<u>Norma primaria</u>

SH- 1) Todo el que sin intención de matar

2) pero sí de causar daño a una persona

3) haya ocasionado un sufrimiento físico o

4) haya ocasionado un perjuicio a la salud o

5) haya ocasionado una perturbación en las facultades intelectuales

SH complejo, 5 elementos mixtos, 1 y 2 dependientes, 3,4 y 5 independientes entre sí, pero uno de ellos deberá estar presente para que haya CJ

Nexo: será

CJ- castigado con prisión de 3 a 12 meses

CJ simple, 1 elemento

5. Tipo de juicio en que se formula la norma

En Lógica hay varias clasificaciones de los juicios, de acuerdo a diferentes criterios. Una de esas clasificaciones los distingue, por su relación (subordinación entre sujeto y predicado), en categóricos, hipotéticos y disyuntivos. En el *categórico* se afirma sin condición el predicado del sujeto: por ejemplo, "la gripe es contagiosa"; es un enunciado incondicional. En el *hipotético* se afirma, bajo condición previa, el predicado del sujeto: "si estudias, aprobarás el examen". Hay un enunciado bajo condición. En el *disyuntivo* se afirma uno u otro predicado de manera excluyente; los miembros de la disyunción constituyen la totalidad de las partes de un todo, es decir, el predicado contiene todas las opciones posibles: "los alumnos que presentaron examen, o aprobaron o reprobaron". Los enunciados presentan una alternativa, o se produce una de ellas, o se produce la otra.

Habida cuenta de esta clasificación, los juristas se han preguntado qué tipo de juicio es la norma jurídica. Las respuestas han sido múltiples, dependiendo de la concepción general del Derecho. Así, los iusnaturalistas, que entienden el Derecho subordinado a la moral (el derecho positivo es legitimado por el derecho natural), consideran a la norma jurídica como un *juicio categórico*, que establece un deber moral no sometido a condición alguna. En cambio los iuspositivistas (por ejemplo Kelsen), piensan que la coercibilidad es la nota distintiva del Derecho, la cual aparece en la norma primaria; esta norma, según ellos, es la determinante, ya que permite conocer la conducta debida, que está implícita en la norma primaria. Por tanto, la norma jurídica se reduce a la norma primaria, que establece una sanción, pero bajo la condición de que se produzcan los elementos del supuesto de hecho. Como es una afirmación condicionada, se trata de un *juicio hipotético.*

Por último, queda la opinión de la teoría egológica (de Carlos Cossio), para la cual los dos tramos de la norma jurídica son igualmente importantes, tanto el que establece la conducta debida (norma secundaria, que Cossio llama endonorma), como el que establece la sanción (norma primaria, perinorma para Cossio). Si se produce la conducta debida, no hay lugar a la sanción; si se produce la sanción es porque no hubo la conducta debida. En otras palabras, o se realiza la norma secundaria, o se realiza la primaria. En definitiva, la norma jurídica es un *juicio disyuntivo* para esta teoría.

6. Generalidad y abstracción

Hay en la doctrina jurídica un debate sobre la característica de generalidad de las normas. Para algunos autores la generalidad es una nota esencial de toda norma jurídica, de tal forma que si una norma carece de este rasgo, no es norma jurídica. Para otros, en cambio, las normas jurídicas pueden ser generales o individuales.

Una norma es general cuando está establecida para categorías de personas o situaciones; es decir, cuando la norma regula un número indefinido de personas o situaciones. Si se dicta una norma que regula la actividad de los comerciantes, no se está precisando a cuántas personas se les va a aplicar esa norma. A todos los individuos que caigan bajo la categoría de comerciantes, en el presente y en el futuro, se les aplicará la

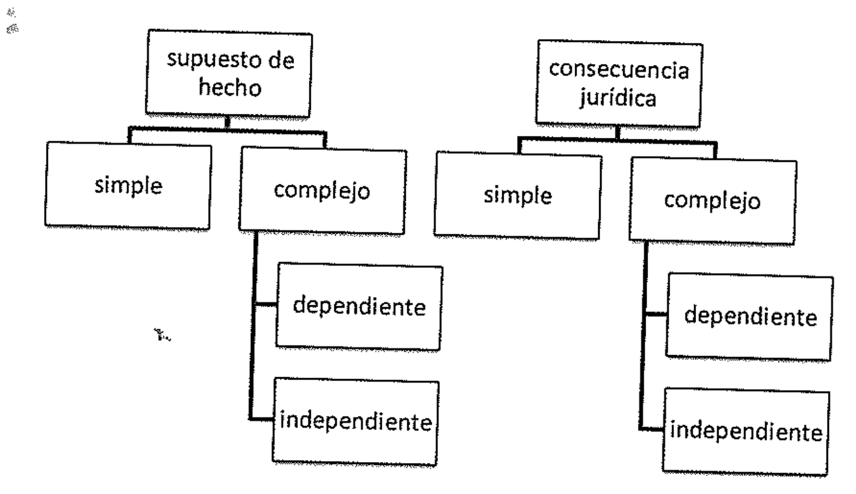
disposición. Por el contrario, una norma es individual cuando se dicta para un número definido de personas o de situaciones; aunque se trate de muchas personas, la norma es individual si está claro, o si hay forma de determinar, a quiénes se aplicará. El modo de precisar la referencia a personas será por indicación del nombre propio y otros medios de identificación, o también las personas o situaciones pueden ser individualizadas al estar delimitadas en *un tiempo* y *un lugar* determinados. Si se dice: todas las personas que están en este momento en esta habitación, hay una referencia que permite definir de qué personas se está hablando. Aunque sean varias personas, están determinadas, delimitadas, se sabe cuántas son y quiénes son. Una norma que haga este tipo de referencia es una norma individual, aunque se aplique a varias personas. En cambio, cuando no se conoce el número de personas o situaciones a quienes se aplicará una regla, ella es general.

Al hablar de la generalidad de las normas, hay que pensar en el mecanismo a seguir para la elaboración de normas de este tipo. En este sentido, es necesario un proceso intelectual de abstracción, mediante el cual se describen conceptos, tomando los rasgos comunes a los individuos de una misma especie y dejando de lado las características peculiares de algunos de ellos. Hay personas que tienen los ojos azules y otras los tienen marrones. Obviamente, es necesario prescindir de estas peculiaridades, si se quiere construir el concepto de ser humano. Habrá que recoger sólo aquellas notas que sean comunes a los seres humanos. Esto es lo que se entiende como proceso de abstracción, para lograr conceptos generales y es justamente lo que hay que hacer para redactar una norma general.

ESQUEMA DE NORMA JURÍDICA

1. Nociones básicas

2. Elementos lógicos de la norma



3. Doble estructura de la norma jurídica

SH		CJ	
Si es A	debe ser	B	norma secundaria
Si no es B	debe ser	C	norma primaria

4. Análisis lógico de la norma jurídica

a) orden del texto

b) norma secundaria sola

c) norma primaria sola

d) norma en varios artículos

e) varias normas en un artículo

5. Tipo de juicio en que se formula la norma

Por su relación: categóricos - iusnaturalistas
hipotéticos - iuspositivistas
disyuntivos - egologistas

6. Generalidad y abstracción

Normas jurídicas: generales
individuales

Abstracción

CUESTIONARIO

1. ¿Cómo describiría usted el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica? En el caso de que sean complejos, ¿cómo pueden ser los elementos?
2. Explique la doble estructura de la norma jurídica.
3. ¿Las primeras palabras de un texto normativo son el supuesto de hecho?
4. Si le dan a usted una norma secundaria ¿puede deducir la primaria?
5. ¿Cómo sabe usted cuál es la norma secundaria a partir de la primaria?
6. ¿Cada artículo de una ley corresponde necesariamente a una norma jurídica? Razone su respuesta.
7. ¿Por qué los iuspositivistas creen que la norma jurídica es un juicio hipotético?
8. Haga un análisis lógico completo de los artículos 1.474 y 1.167 del Código Civil.
9. Hay un artículo (el 496) del Código Penal que dice:

   "El que abra o tenga abiertos lugares destinados a espectáculos públicos o a tertulias, sin haber llenado las prescripciones dictadas por la autoridad en interés del orden público, será penado con arresto hasta por quince días o multa de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) a trescientas unidades tributarias (300 U.T.)".

   Haga un análisis lógico completo de ese texto.
10. ¿Cree usted que las normas jurídicas son todas generales?
11. ¿Cómo definiría las normas generales?
12. El artículo 235 de la Constitución vigente dice: "La ausencia del territorio nacional por parte del Presidente o Presidenta (sic) de la República requiere autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada, cuando se prolongue por un lapso superior a cinco días consecutivos". ¿Esa norma es general o individual?

CAPÍTULO 6

ESTRUCTURA JERÁRQUICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Si hay otra noción comparable en importancia a la de norma jurídica es la de estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, porque el Derecho es un conjunto de normas, con ciertas características, que constituye un sistema jerárquico. Es este sistema el que permite una visión global de lo jurídico. Permite igualmente pasar revista a las principales formas de normas jurídicas que integran el conjunto; gracias a él se puede ver, por ejemplo, cuál es el lugar de la Constitución y qué relación guarda con las leyes, con los decretos, cuál es la posición de las sentencias o de los contratos dentro del sistema, cuántos tipos de leyes hay, etc. Y de paso, plantea problemas como el de la validez del Derecho y en qué nociones descansa, así como otros problemas igualmente relevantes.

1. Estructura jerárquica

Los famosos juristas Merkl y Kelsen, entre otros, trabajaron en la descripción de una estructura jerárquica del ordenamiento jurídico. Es decir, que las normas no tienen el mismo rango, el mismo valor, sino que hay unas que son superiores a otras, subordinándolas formal y materialmente. Las normas que subordinan a otra determinan qué órgano y con cuál procedimiento se puede dictar la norma inferior (subordinación formal) y en alguna medida determinan también el contenido de la norma inferior (subordinación material). Así, por ejemplo, la Constitución establece que las leyes formales son dictadas por la Asamblea Nacional, con el cumplimiento del proceso legislativo en todas sus etapas; por otra parte, garantiza el derecho a la vida en toda circunstancia. En este caso la

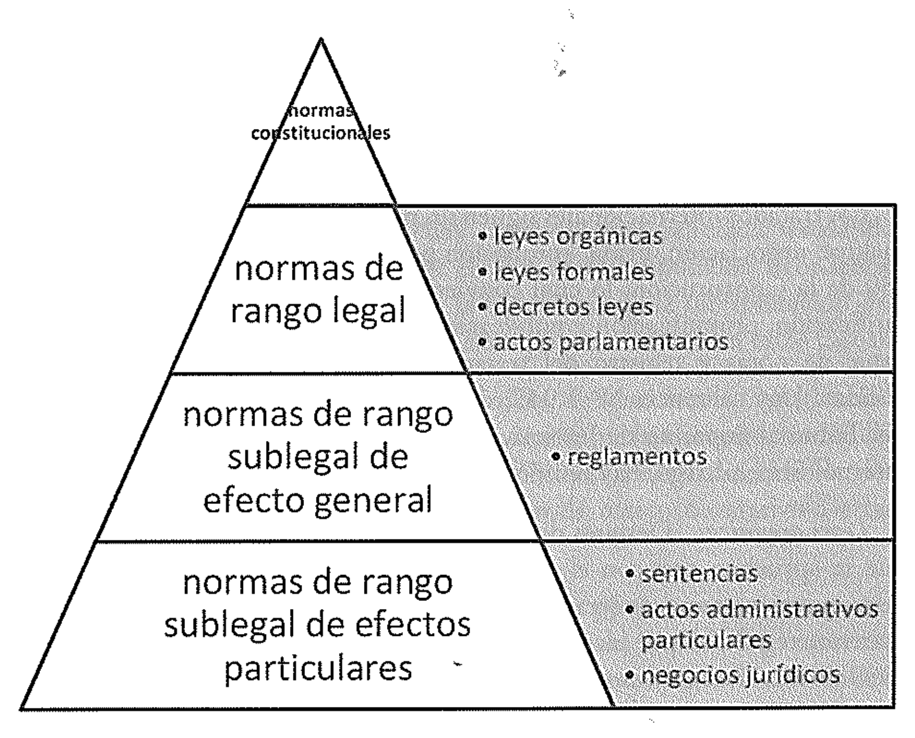
Constitución determina materialmente a las leyes al impedir que cualquier ley consagre la pena de muerte y las subordina formalmente al establecer el órgano creador y el procedimiento de creación de ellas. En el caso de la determinación material se trataría de una determinación negativa, al señalar lo que *no* puede ser el contenido de una ley. También puede determinar positivamente su contenido, al indicar que se legislará sobre una cierta materia, si es el caso.

La determinación formal tiene la misma intensidad a lo largo de toda la jerarquía de las normas, ya que de un nivel al otro siempre se dice, en la misma medida, qué órgano y con cuál procedimiento se va a crear la norma inferior; en cambio la determinación material va aumentando progresivamente a medida que se desciende en la jerarquía, ya que cada vez que se desciende de nivel, se determina más el contenido de las normas. Por ejemplo, la Constitución determina poco el contenido de las leyes, pero las leyes determinan mucho el contenido de las sentencias. En cambio la determinación del órgano y del procedimiento creador permanece igual a lo largo de la jerarquía.

Además de la subordinación entre las normas, puede haber una relación de coordinación que las vincule, si tienen la misma jerarquía. Por ejemplo, las leyes formales y los decretos leyes tienen el mismo rango; entre ellas hay coordinación.

2. Pirámide jurídica

La estructura jerárquica del ordenamiento jurídico se suele representar a través de una pirámide, en cuyos diferentes niveles o planos se incluyen las normas del sistema, de acuerdo a su jerarquía.



Normas constitucionales. Las normas de la Constitución son las normas de mayor rango dentro de un sistema jurídico. En Venezuela la Constitución vigente, preparada por un Poder Constituyente, fue aprobada por los ciudadanos en un *referéndum* el 15.12.99 y se publicó en la Gaceta Oficial el 30.12.99, con algunas modificaciones en relación con la sometida a votación. Posteriormente se reimprimió en la Gaceta Oficial el 24.3.00, alegando errores de impresión, pero en verdad hubo más que corrección de errores; se hicieron cambios en el texto y se incluyó una exposición de motivos, que no había aparecido en la primera publicación. De esta forma, se suele decir que hay tres Constituciones en el país, en vista de las diferencias entre ellas: la que se votó el 15.12.99, la primera que se publicó el 30 de diciembre del mismo año, que era distinta de la votada, y la que se publicó el 24 de marzo de 2000, con más reformas en el texto.

Dentro del rango de normas constitucionales se incluyen ciertos tratados internacionales. El artículo 23 de la Constitución dice que los tratados, pactos y convenios relativos a derechos humanos, tienen jerarquía

constitucional. Incluso la disposición dice que prevalecen en el orden interno en la medida que sus previsiones sean más favorables a las de la Constitución y son de aplicación inmediata y directa, razón por la cual se ha planteado incluso la interrogante de si tienen rango supraconstitucional.

Los tratados internacionales siguen un procedimiento de elaboración que incluye: negociación, firma, aprobación por la Asamblea Nacional (artículo 150 de la Constitución, lo cual convierte al tratado en ley de la Nación), ratificación, promulgación y publicación (artículo 217 de la Constitución), canje de notas y registro del tratado en la Organización de Naciones Unidas. Hay sentencia N° 1.942, del 15.07.03, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que señala que los tratados son derecho interno. Sin embargo, hay opiniones disidentes de este criterio.

Leyes orgánicas. Después de la Constitución vienen las leyes orgánicas, que se aprueban casi con el mismo procedimiento de las leyes formales, pero que tienen mayor jerarquía que las leyes ordinarias dictadas en las materias reguladas por las leyes orgánicas respectivas. La Constitución de 1999 no establece expresamente lo relativo a la *jerarquía*, como sí lo hacía la Constitución anterior, pero hay sentencia N° 2.573, del 16.10.02, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que establece esta mayor jerarquía. En cuanto al *procedimiento de creación* de las leyes orgánicas, el artículo 203 de la Constitución de 1999 dice que los proyectos de leyes orgánicas, salvo las que la propia Constitución califica de tales, deberán ser aprobados por el voto de las dos terceras partes de los integrantes presentes de la Asamblea Nacional antes de iniciarse la discusión del proyecto y luego la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia controlará si es constitucional la denominación de orgánica. Después el artículo agrega que esta votación calificada se aplicará también para la modificación de las leyes orgánicas. Podría pensarse que la votación calificada se necesita para que la modificación quede sancionada, pero hay sentencia N° 34, del 26.01.04, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que establece que basta con una mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional presentes en la sesión correspondiente, para que el proyecto de ley quede sancionado. De modo que según la Sala Constitucional, la mayoría de las dos terceras partes, de que habla el artículo 203, se necesita para denominar orgánica una ley, que no ha sido calificada de este modo por la propia

Constitución, pero no se necesita para aprobar la modificación de una ley orgánica. (Por cierto, también el artículo 279 de la Constitución, con relación a otro asunto, exige el voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional. Pues bien, hay sentencia N° 1.864, del 22.12.14, de la misma Sala Constitucional, que dice que basta con la mayoría absoluta. De modo que hay jurisprudencia reiterada señalando que allí donde la Constitución exige el voto de 110 diputados, debe leerse 84 votos. Esto ejemplifica muy bien la naturaleza de la interpretación del Derecho, especialmente cuando tiene fines políticos, como en estos casos).

En relación con las *clases* de leyes orgánicas, de acuerdo a la Constitución de 1999 son leyes orgánicas a) las que así denomine la Constitución, b) las que se dicten para organizar los poderes públicos, o c) para desarrollar los derechos constitucionales y d) las que sirvan de marco normativo a otras leyes.

Leyes habilitantes. Estas leyes son sancionadas por las tres quintas partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, con la finalidad de autorizar al Presidente de la República a dictar Decretos con rango y valor de ley. Las normas que el Presidente dicta no son leyes habilitantes, la habilitante es la que dicta la Asamblea Nacional, autorizando al Presidente a legislar. Ella debe establecer las directrices, propósitos y el marco de las materias que se delegan y el plazo durante el cual podrá legislar el Presidente de la República. Hay que destacar que la Constitución de 1999 no restringe las materias ni el plazo durante el cual se autoriza al Presidente para legislar. No hay límite en cuanto a las materias ni en cuanto al plazo; queda a criterio de la Asamblea Nacional el fijar ambas cosas en la ley habilitante correspondiente. Esta falta de límites de la Constitución podría significar que se viola *la reserva legal* material que establece la propia Constitución, cuando dice que corresponde a la Asamblea Nacional legislar en las materias de la competencia nacional (artículo 187.1), las cuales están detalladas en la Constitución (artículo 156). Si la Asamblea autoriza al Presidente con relación a las materias incluidas en la reserva legal, se violarían estas disposiciones de la Constitución, por causa del modo como está redactado el artículo referente a las leyes habilitantes. Por esta vía, el Presidente de la República de Venezuela ha modificado incluso el Código Orgánico Procesal Penal y otras normas similares.

Leyes formales. Son aquellas que sanciona la Asamblea Nacional como cuerpo legislador. Para que la Asamblea actúe como cuerpo legislador tiene que seguir el procedimiento establecido en la Constitución para la elaboración de las leyes, que incluye una serie de etapas: iniciativa, discusión, sanción, promulgación y publicación. En rigor, este procedimiento se sigue con variantes en las leyes orgánicas y en las leyes habilitantes, lo mismo que en las leyes ordinarias, por lo cual todas ellas son leyes formales, como se verá en el capítulo 15. También allí se señalará que hay normas que están equiparadas a las leyes formales, como es el caso de las Constituciones de los estados, y una serie de normas que están asimiladas a las leyes formales.

Las leyes de base (artículo 165 de la Constitución) regulan las materias de *competencias concurrentes* dictadas por el Poder Nacional. Ellas tratarán de delimitar las competencias que sean comunes a diferentes órganos. Hay además *las leyes de desarrollo,* que son aprobadas por los órganos legislativos de los entes regionales (denominados estados en Venezuela), dentro del marco de las leyes de base.

Leyes ordinarias. Se denominan así todas las leyes formales que no tienen variantes en el procedimiento y en la jerarquía, como sí lo tienen las orgánicas y las habilitantes, ni que en la materia se refieran a competencias concurrentes, como las leyes de base.

Decretos leyes. Son normas dictadas por el Presidente de la República, o quien haga sus veces, y que tienen rango y valor de ley. Por ejemplo, los decretos que dicta el Presidente autorizado por una ley habilitante, o autorizado directamente por la Constitución (artículo 236).

Actos parlamentarios sin forma de ley. Son los actos aprobados por el órgano legislativo nacional, pero sin seguir el procedimiento de elaboración de las leyes formales. Por ejemplo, cuando la Asamblea Nacional dicta su reglamento interno de debates.

Reglamentos. Son normas dictadas por órganos de la Administración para *complementar las leyes,* sin alterar su espíritu, propósito y razón (artículo 236, numeral 10, de la Constitución). Tienen rango sub legal.

Sentencias. Son las decisiones que legítimamente dicta el juez competente en la resolución de las causas que se presentan en su tribunal. Regularmente se trata de normas individuales.

Actos administrativos particulares. Como su nombre lo indica, se trata de actos emanados de órganos de la Administración, que tienen efectos individuales o particulares. Es por ejemplo el otorgamiento de una jubilación a un funcionario.

Negocios Jurídicos. Se trata de declaraciones de voluntad, normalmente de particulares, que persiguen efectos jurídicos y que pueden determinar el contenido de esos efectos, dentro de los límites que establece el propio ordenamiento jurídico. Por ejemplo, un contrato de compra venta entre dos personas, constituye un negocio jurídico.

3. Creación y aplicación de Derecho

A lo largo de la pirámide jurídica la aplicación de las normas implica la creación de nuevas normas. Por ejemplo, la aplicación de la Constitución produce la creación de leyes formales, de decretos leyes, de reglamentos. A su vez, la aplicación de las leyes implica la creación de sentencias, de negocios jurídicos, etc. Cada norma es aplicación de una norma superior y creadora de normas de menor jerarquía, con excepción de los extremos de la pirámide. Las normas constitucionales son un punto de partida y las normas individuales, al ser aplicadas, normalmente no crean nuevas normas, sino que permanecen en pura aplicación de Derecho.

Este problema puede ser vinculado con el de la generalidad, considerada como requisito indispensable de las normas jurídicas. Algunos autores estiman que la generalidad es una característica de todas las normas jurídicas, por lo cual las normas individuales no serían normas jurídicas, sino una mera aplicación de normas jurídicas. Otros autores replican diciendo que todas las normas son aplicación de normas superiores y eso no les quita su condición de normas. Así como la ley es aplicación de la Constitución, puede decirse que la sentencia es una norma jurídica que es aplicación de las leyes. Lo que habría que plantearse entonces es cuándo la aplicación de una norma crea una nueva norma y cuándo no.

Puede decirse que hay norma jurídica cada vez que se crea un deber jurídico, cuya inobservancia acarrea una sanción. El hecho de que una ley diga que el que da muerte voluntariamente a otra persona será castigado con presidio de tantos años, no hace que Juan Pérez, que dio muerte voluntariamente a otra persona, vaya a la cárcel. Se necesita una nueva norma que cree el deber jurídico específico de que Juan Pérez vaya a la cárcel, cuyo cumplimiento será respaldado por el aparato coactivo del Estado. De este modo, la sentencia que se le dicta a Juan Pérez es la que crea para él el deber de ir a la cárcel y el Estado hará cumplir de manera forzosa este deber. Este sería el argumento para decir que sí existen las normas individuales y que la generalidad no es un requisito esencial a las normas jurídicas.

4.Producción originaria y derivativa

La producción originaria del Derecho tiene lugar cuando se crea Derecho sin una normativa previa que legitime las nuevas normas. Es el caso de la creación de un nuevo Estado; también en algunos casos de revolución y de golpe de Estado.

La producción derivativa, en cambio, ocurre cada vez que se crean normas por aplicación de una norma anterior. La Constitución venezolana establece en los artículos 340 y 341 el procedimiento para enmendar la Constitución y en el 342 y siguientes lo necesario para reformarla. Cualquier enmienda o reforma de la Constitución, en aplicación de estos artículos, o cuando se crean leyes, reglamentos, negocios jurídicos, etc., a partir de lo previsto en la Constitución y las leyes, es lo que se denomina producción derivativa de Derecho.

5. Norma Fundamental

Quienes trabajan la Teoría General del Derecho entienden que la legitimación del orden jurídico es un planteamiento insoslayable. Es preciso preguntarse por qué hay que obedecer al Derecho, qué es lo que lo hace válido, qué lo fundamenta. El realismo jurídico constituye una excepción a esta preocupación, porque elude el tema, pero esa escuela no asume en verdad el punto de vista jurídico, sino que considera que el Derecho forma parte del reino del ser, en lugar del dominio del deber ser. Los demás

estudiosos, que adoptan una perspectiva normativista, se han planteado la necesidad de dar alguna respuesta al problema. Se trata, pues, de hallar el fundamento último de validez del Derecho.

Como solución al planteamiento, los isnaturalistas consideran legítimo el derecho positivo cuando es conforme al derecho natural. Por su parte, Kelsen propone la tesis de *la norma fundamental*, que opera como una hipótesis básica. *Hipótesis* porque consiste en una mera suposición. No se trata de una norma positiva, que haya sido efectivamente establecida por alguna autoridad, sino el punto de partida que hay que imaginar, para considerar válido el sistema de normas. La hipótesis es, pues, *básica*, porque sobre ella descansa toda la legitimidad del ordenamiento jurídico. Tomemos como ejemplo el caso de una sentencia. Ella tendrá validez si ha sido dictada por el órgano competente y con el procedimiento establecido. Son las leyes las que establecen la competencia de los jueces y las reglas procedimentales y materiales para dictar sentencia. Entonces la validez de la sentencia descansa en las leyes. A su vez las leyes son válidas si han sido dictadas por un órgano competente para ello y cumpliendo los requisitos exigidos para su elaboración. Es la Constitución la que dice quién puede legislar y cuáles son los requisitos a cumplir. Es decir, que la legitimidad de las leyes proviene de la Constitución. A su vez, cabe preguntarse qué legitima la Constitución. Aquí es donde Kelsen introduce la idea de una norma fundamental, que hay que suponer para que tenga validez todo el sistema jurídico. *El contenido de esta norma fundamental*, según Kelsen, es que debe considerarse válida la Constitución; en otro lugar describe el contenido diciendo que debe considerarse válido el procedimiento creador de la Constitución, con lo cual se llega a la idea anterior, ya que si se considera válido el procedimiento creador, la Constitución es válida; por último, Kelsen sugiere también en otro momento que el contenido de la norma fundamental puede ser: debe obedecerse la Constitución. En el fondo, es lo mismo, porque si la Constitución es válida, se deriva de allí que debe obedecerse. Si se supone que hay este mandato fundamental que ordena considerar válida la Constitución, después la Constitución le da validez a las normas inmediatas inferiores a ella y así sucesivamente.

6. Validez y eficacia de un orden jurídico y de una norma

Es también Kelsen quien plantea en la *Teoría Pura del Derecho* la relación que hay entre la *validez* y la *eficacia* de todo un sistema jurídico. Ya se dijo en el Capítulo 3 que *una sola norma* puede ser válida y sin embargo ineficaz; aunque no se aplique en la práctica, eso no le quita validez a una norma. De modo que al hablar de una sola norma jurídica, la validez no está relacionada con la eficacia. Pero en cambio, si se habla de *todo el sistema jurídico*, la validez sí depende de una cierta eficacia.

No es posible imaginar que el Derecho sea completamente eficaz en una sociedad determinada, eso resulta impensable. Pero tampoco se puede aceptar que sea completamente ineficaz y que siga siendo válido. Para que se considere existente un sistema jurídico es necesario que sea mayormente eficaz, que se cumplan la mayoría de sus normas en la colectividad. Sólo en ese caso se estima que hay un ordenamiento jurídico válido. Lo cual muestra que la validez es una cuestión de hecho; que los conceptos de *validez y eficacia están íntimamente relacionados*. Si el Derecho se aplica en la práctica en un porcentaje importante de su contenido, será reconocido como un sistema legítimo.

Podría alguien observar que la eficacia de todo un sistema jurídico depende en definitiva de *la fuerza*, de la capacidad de hacerlo respetar en los hechos; entonces deberá concluirse que la validez del Derecho también se reduce a ella. De tal forma, como dice Kelsen, el Derecho no es lo contrario de la fuerza, sino una forma de organizar la fuerza.

7. Conflictos entre normas o antinomias

Los conflictos entre normas pueden presentarse tanto en el caso de que ellas tengan diferente jerarquía, como también cuando tienen igual rango. Estos conflictos entre normas es lo que Bobbio llama *antinomias* y tienen distintas soluciones.

A. *De diferente jerarquía.* El criterio básico para resolver estas situaciones es el de que *la norma superior prevalece sobre la inferior*. En el caso de diferente jerarquía entre las normas se pueden presentar dos situaciones: inconstitucionalidad e ilegalidad

a) *Inconstitucionalidad.* Si una norma es dictada en contravención de la Constitución, para atacar la inconstitucionalidad existen dos mecanismos: *el control concentrado de la constitucionalidad* y *el control difuso. El control concentrado* permite declarar la nulidad de cualquier acto inconstitucional. Esta facultad corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y abarca una serie de situaciones en las cuales la Sala Constitucional ejerce tal atribución. El artículo 335 de la Constitución de 1999 atribuye a esta Sala la potestad para su *uniforme interpretación y aplicación*. Las interpretaciones sobre contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.

De otro lado, el segundo aparte del artículo 203 de la misma Constitución señala que la Sala Constitucional se pronunciará sobre la *constitucionalidad del carácter orgánico* de las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de tales. El artículo 214, último aparte, de la Constitución, dice que la misma Sala se pronunciará cuando el Presidente de la República considere que la ley que le ha sido remitida para su *promulgación, o alguno de sus artículos, es inconstitucional*. Ambas atribuciones están igualmente contenidas en el artículo 25, numerales 14 y15, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010.

Por otra parte, la *declaratoria de nulidad de las leyes y demás actos* de los órganos del Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional, de acuerdo a lo dispuesto en el último aparte del artículo 334 de la Constitución. A su vez, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en los numerales 1, 2, 3, y 4 del artículo 25 dice que corresponde a la Sala Constitucional declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales que colidan con la Constitución, o de las Constituciones y leyes estadales, ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los estados, municipios y del distrito capital, o de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, o de los actos dictados por cualquier órgano en ejercicio del Poder Público, o de los reglamentos y

demás actos administrativos generales o individuales del Poder Ejecutivo Nacional, o de los actos administrativos generales o individuales de los órganos que ejerzan el Poder Público de rango Nacional, todos ellos cuando colidan con la Constitución.

También es necesario hacer referencia al *recurso de revisión constitucional*, que corresponde a la Sala Constitucional, de sentencias de amparo constitucional, de sentencias de control difuso de la constitucionalidad y de las sentencias de otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución y de los numerales 19, 12 y 11, del artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Por último, la Sala Constitucional podrá declarar la *inconstitucionalidad por omisión* del Poder Legislativo municipal, estadal o nacional, o de cualquiera de los órganos que ejerzan el Poder Público nacional, de acuerdo a lo establecido en la Constitución, artículo 336, numeral 7 y artículo 25, numeral 7 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

En cuanto al *control difuso de la constitucionalidad*, que sólo permite suspender la aplicación de la norma considerada inconstitucional a un caso planteado, corresponde a las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y a otros tribunales de la República, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución y en el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010.

b) Ilegalidad. En este caso se trata de declarar la nulidad de aquellas normas que violan las leyes, que es el caso, por una parte, de los reglamentos y actos administrativos. Esta atribución corresponde a la Sala Político Administrativa, de acuerdo a lo establecido en la Constitución en su artículo 266, numeral 5 y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, artículo 26, numerales 5 y 6.

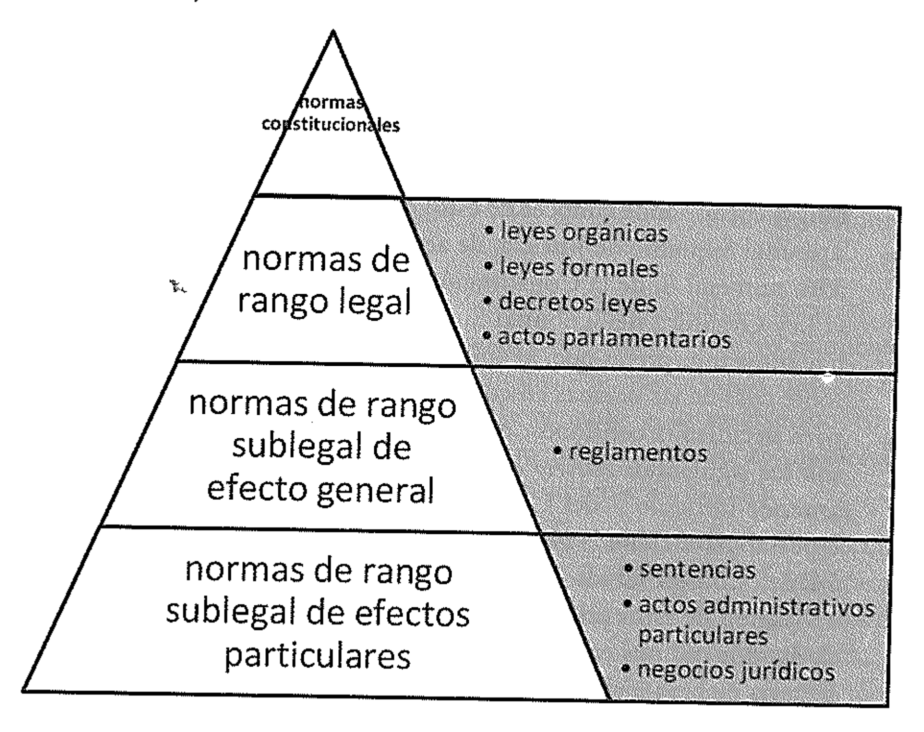
Por otra parte, está el caso de las sentencias, cuya nulidad corresponde a las Salas de Casación del Tribunal Supremo de Justicia y a los demás

tribunales del país, a través de los recursos de *Casación* (artículos 312 y siguientes del Código de Procedimiento Civil de 1986 y 451 del Código Orgánico Procesal Penal de 2012), *apelación* (288 y siguientes del mismo Código de Procedimiento Civil, y 439 del Código Orgánico Procesal Penal), *invalidación* (327 y siguientes del Código de Procedimiento Civil) y *revisión penal* (462 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal). En cuanto a los negocios jurídicos, corresponde a los tribunales en general (de acuerdo a lo previsto en el artículo 1.142 del Código Civil), pronunciarse sobre su legalidad.

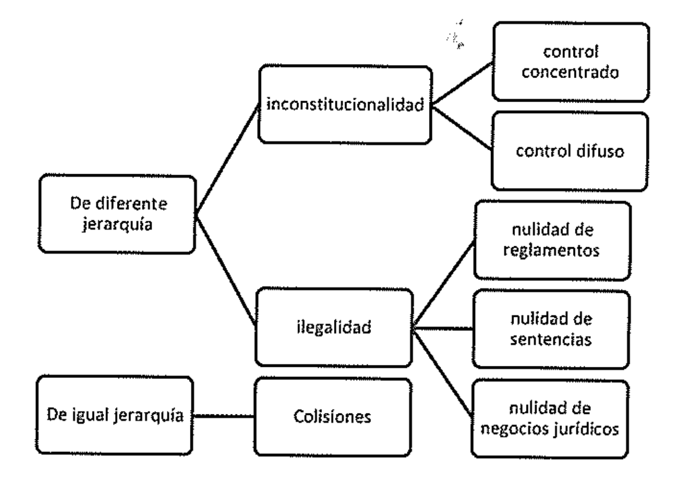
B. De igual jerarquía. Cuando hay colisiones entre leyes que tienen el mismo rango, corresponde conocer de estos casos a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 336, numeral 8, de la Constitución y en el artículo 25, numeral 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010. También hay otros intérpretes que, al aplicar Derecho, tienen que pronunciarse sobre cuál de las normas en conflicto prevalecerá. Los criterios usados para decidir las colisiones, o resolver las antinomias, en estos casos, son los siguientes: *criterio de temporalidad*, la ley posterior deroga la anterior (artículo 7 del Código Civil); *criterio de especialidad*, la ley especial priva sobre la general en materia de su especialidad (artículo 14 del Código Civil). Si no es posible resolver el conflicto con la aplicación de estos principios, entonces *el intérprete deberá escoger* una de las dos normas en conflicto, o podrá declarar laguna y proceder a llenarla de la manera habitual.

ESQUEMA DE LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. Estructura jerárquica. Subordinación formal y material
2. Pirámide jurídica



3. Creación y aplicación de Derecho
4. Producción originaria y derivativa
5. Norma fundamental
6. Validez y eficacia de un orden jurídico y de una norma
7. Conflicto entre normas o antinomias



CUESTIONARIO

1. ¿Cómo distingue usted la subordinación formal y la material?
2. Mencione las normas incluidas en la pirámide y los órganos que las dictan
3. ¿Cuál es la jerarquía de las leyes orgánicas?
4. De acuerdo a la Constitución, ¿cuántos tipos de leyes orgánicas hay?
5. ¿Cuáles son las normas individuales?
6. ¿La generalidad es requisito esencial de toda norma jurídica?
7. ¿Cómo distingue la producción originaria y la derivativa?
8. ¿Qué ordena la norma fundamental?
9. ¿Los conceptos de validez y eficacia se identifican en el caso de una norma jurídica?
10. ¿Cómo se relacionan la validez y la eficacia de todo un ordenamiento jurídico?
11. Cuando hay antinomia o conflicto entre normas de diferente jerarquía ¿cuál es el criterio para resolverlo?
12. ¿Qué es el control concentrado y qué el difuso?
13. ¿Cuáles son los criterios para resolver los conflictos entre normas de igual jerarquía?

CAPÍTULO 7

CLASIFICACIONES DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Después de la clasificación de las normas por su jerarquía, examinada en el capítulo anterior, hay otra serie de clasificaciones de las normas jurídicas que vale la pena revisar. Estas otras ordenaciones servirán para suministrar información sobre el Derecho en general y sobre el vocabulario jurídico en particular. Por ejemplo, es importante poder distinguir las normas de acuerdo a su validez espacial o temporal, o determinar por qué las normas taxativas están vinculadas con el orden público o las buenas costumbres, a diferencia de las normas supletorias. Veremos varias de estas clasificaciones.

1. Por el sistema a que pertenecen

Ubicándose en un sistema jurídico determinado, cabe considerar como normas *nacionales* a las que pertenecen al ordenamiento de ese país, normas *extranjeras* a las que son parte del conjunto de normas de otra nación y de *derecho uniforme* a las que pertenecen al mismo tiempo al sistema patrio y al sistema extranjero.

2. Por su fuente

Por la fuente de donde proceden se dividen las normas en *legisladas*, cuando son creadas por un órgano legislativo; *consuetudinarias*, cuando aparecen bajo la forma de costumbre jurídica; *jurisprudenciales*, cuando proceden de un órgano jurisdiccional; *negociales*, cuando se conforman como un negocio jurídico; *administrativas*, cuando emanan de un órgano de la administración.

3. Por el ámbito de validez

Por el *ámbito espacial*, de acuerdo a la vigencia por el territorio, se clasifican en nacionales, si tienen vigencia en toda la geografía del país, y locales, es decir, estadales y municipales en el caso venezolano, si su vigencia está limitada a una parte del territorio, como el caso de las ordenanzas municipales.

Por el *ámbito temporal*, vigencia en el tiempo, se dividen en normas de vigencia determinada, cuando se especifica el lapso de su validez, y de vigencia indeterminada, en caso contrario.

Por el *ámbito personal*, se clasifican en generales e individuales. Normas generales son las que se refieren a un número indeterminado de personas o situaciones, es decir, a categorías de personas o situaciones; normas individuales son las que se refieren a un número determinado de personas o situaciones, aunque sean numerosas personas. La determinación se logra por referencias personales, como nombre y apellido, o por referencia a un tiempo y a un espacio dado, por ejemplo, si hay varias personas en un aula y se crea una norma para todas las personas que se encuentran en el aula número tal, a tal hora, esa norma es individual porque hay la posibilidad de determinar las personas que se encuentran en esas circunstancias.

A propósito de normas generales e individuales, es conveniente hacer referencia a otras distinciones, que no tienen que ver con esa clasificación, pero que revisten singular interés. Se trata de una consideración que habla de normas *generales* y *especiales* y otra que comenta al *derecho común* y al *derecho excepcional;* en ambos casos se trata de nociones importantes, ya que están involucradas en la aplicación de ciertos principios jurídicos. Las normas *generales*, como opuestas a las especiales, son aquellas que se dictan para *cualquier clase* de personas o situaciones, mientras que las *especiales* están dirigidas a *determinadas categorías* de personas o situaciones. Por ejemplo, el Código Civil en la mayoría de los artículos se aplica a todos los ciudadanos, por ello se dice que es *general*, ya que no se ocupa de un tipo de personas específicas, sino a la condición de ciudadano en abstracto; en cambio las normas militares son *especiales*, porque se aplican a una determinada categoría de personas. En el caso de esta distinción rige el principio de que *la ley especial priva sobre la general en materia de su*

especialidad. Si se dicta una ley sobre menores, que establezca algo contrario a lo que regula el Código Civil en la materia, priva la ley sobre menores por encima del Código Civil. Al haber una ley especial, por ejemplo sobre niños y adolescentes, se le da preferencia a ella, en su campo específico, dejando de lado la ley general, en este caso el Código Civil. Es necesario observar que cuando se habla de normas *generales y especiales*, ambos tipos de normas pertenecen a las normas *generales*, por oposición a las *individuales*, ya que en los dos tipos de normas se trabaja con categorías de personas o de situaciones, sea cualquier clase de personas o sea una clase específica de personas. En los ejemplos propuestos, *ciudadanos* es una categoría genérica de personas y *militares o menores* son categorías específicas de personas, pero siempre se está hablando de categorías de personas, de un número indefinido de personas, y no de personas individualmente consideradas.

El *derecho común* es el que resulta conforme a los principios fundamentales de un sistema jurídico. Por ejemplo, en un sistema jurídico liberal hay principios fundamentales que tienen que estar presentes, como es el caso de la consagración de la propiedad privada y el de de la libertad de contratación. Las normas que son conformes a esos principios son derecho común y aquellas que se apartan de esos principios son *derecho excepcional* para ese sistema jurídico. Si en un ordenamiento hay libertad de contratación para los particulares, cualquier restricción o intervención del Estado en algún contrato, por ejemplo en materia laboral, o en materia de arrendamiento, se calificará como derecho excepcional para el Derecho de ese país. En materia de *derecho común y derecho excepcional* existe la regla de que *no se aplica la analogía en materia de derecho excepcional*. Por eso es importante distinguir de qué derecho se trata, a la hora de su aplicación.

Unas normas pueden establecerse para regular la actividad de los comerciantes. Son disposiciones propias de ellos y pueden ser trabajadas de manera preferente por un abogado *especializado* en Derecho Mercantil. Pero ese derecho *especial* para esas personas, no es *excepcional* con relación al sistema de libertad de contratación y de comercio que rige en el país. Será un derecho *especial*, pero no *excepcional*.

4. Por su sanción

García Máynez hace una presentación muy clara de esta clasificación que viene desde los romanos, hablando de normas *perfectas, más que perfectas, menos que perfectas y normas imperfectas.* Las *perfectas* son aquellas que sancionan su violación con la nulidad. Es nulo aquello que se hace en contravención de tales normas. Las *más que perfectas* son las que prevén como sanción un castigo y una indemnización (habría que señalar a García Máynez que siendo las *perfectas* las que establecen la nulidad, no deberían ser *más que perfectas* las que recurren a un castigo y a una indemnización, sino a una nulidad y una indemnización). Las *menos que perfectas* son aquellas en las que, no pudiendo establecerse la nulidad de lo actuado en contra de la norma, señalan como sanción un castigo determinado. Las *normas imperfectas* son aquellas en las que no hay sanción. En este caso, Kelsen dice que sin sanción no hay norma jurídica.

5. Por su redacción

De acuerdo a la manera como están redactadas, las normas pueden ser *rígidas* y *flexibles*. Las *rígidas* están elaboradas de una manera muy precisa, de modo que dejan poco margen para la duda en su interpretación. Esta escritura tan precisa puede observarse en el supuesto de hecho de la norma, el cual puede considerarse casuístico, por la regulación de caso por caso de forma muy detallada, o también puede aparecer en la consecuencia jurídica. En cambio las normas *flexibles* trabajan con conceptos más ambiguos, más amplios, conceptos que algunos han llamado "válvulas", porque dan lugar a diferentes maneras de entender la norma. Sería por ejemplo el caso de la norma que habla de que debe observarse la conducta de un buen padre de familia. Desde luego, quedará a criterio del intérprete el establecer qué ha de considerarse un buen padre de familia. Si el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica de la norma están formulados con términos que dejan campo amplio a la interpretación, se dice que las normas son flexibles.

6. Por su relación con la voluntad de los particulares

De acuerdo a este criterio las normas se dividen en *taxativas* y *supletorias*. La versión tradicional de esta clasificación pretende que las taxativas son

las normas jurídicas que no pueden renunciarse ni relajarse por convenios entre particulares. De donde se derivaría que las supletorias sí pueden ser renunciadas o relajadas, y algunos incluso afirman que derogadas. Sin embargo, cabe observar que una norma legal tiene que ser obedecida y no queda a criterio del obligado el renunciarla, o relajarla, o derogarla. De modo que lo que se quiere decir, tanto en la redacción de las leyes como en los textos de diferentes autores, con la expresión "renunciar" u otras similares, es algo distinto a una renuncia verdadera, que implicaría dejar de lado la norma. No están hechas las normas para ser desacatadas o rechazadas.

Hay otra manera de entender esta clasificación, que es la que aquí se propone. Lo que sucede en realidad es que las normas *taxativas* crean una regulación, es decir, establecen una única conducta como debida para la situación planteada en el supuesto de hecho de la norma. En cambio la norma *supletoria* prevé, en su consecuencia jurídica, dos formas posibles de regulación para el supuesto de hecho, con la característica de que la segunda previsión se aplica sólo si la primera no se produce. La primera forma de regular la situación queda en manos de los particulares, será creada por el o los particulares, a través de un negocio jurídico. Sólo si esta regulación no es creada, entonces procede la segunda opción, que es una disposición prevista en la norma supletoria para ese supuesto. De modo que lo que hay en la norma supletoria, en primer lugar, es una autorización a los particulares para crear la regulación jurídica correspondiente. Si esta regulación no se produce, entonces el asunto es resuelto de acuerdo a la solución que trae la norma supletoria para tal eventualidad. Es el caso, por ejemplo, de la disposición prevista en el artículo 807 del Código Civil venezolano: "No hay lugar a la sucesión intestada sino cuando en todo o en parte falta la sucesión testamentaria". Este artículo faculta a los particulares para regular la distribución de sus bienes a su muerte, a través de un testamento. Para el caso de que no haya previsión testamentaria, entonces se aplicarán las disposiciones previstas en el Código Civil para las sucesiones *ab intestato*. El fundamento de validez de un testamento es este artículo, del mismo modo que el fundamento de validez de una sentencia está constituido por una serie de normas de leyes sustantivas y adjetivas correspondientes.

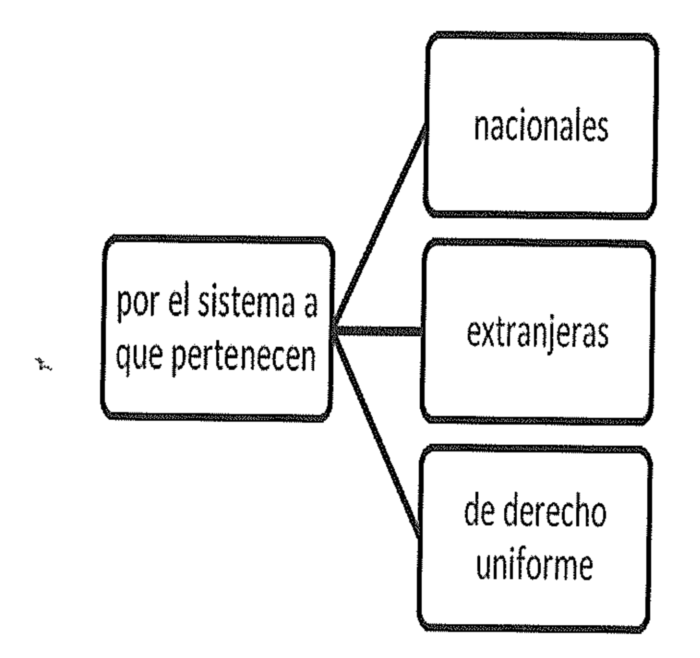
Por lo dicho, es necesario observar que si la norma supletoria prevé dos formas de regular una situación, la norma se aplica en cualquiera de los dos casos. Si un particular hace testamento, se está aplicando el artículo citado, no se está renunciando a él, ni se lo está derogando. Si no hace testamento, también se aplica el artículo citado, cuando se habla de la sucesión intestada, que se regula por una serie de normas supletorias previstas en el Código Civil. En ninguna de las dos opciones hay renuncia del artículo, sino aplicación del mismo. La redacción de cualquier norma supletoria nos hace comprender que si los particulares no regulan de manera expresa la situación en ella prevista, lo que resta es aplicar la solución de las normas supletorias, que precisamente "suplen" la falta de regulación de los particulares.

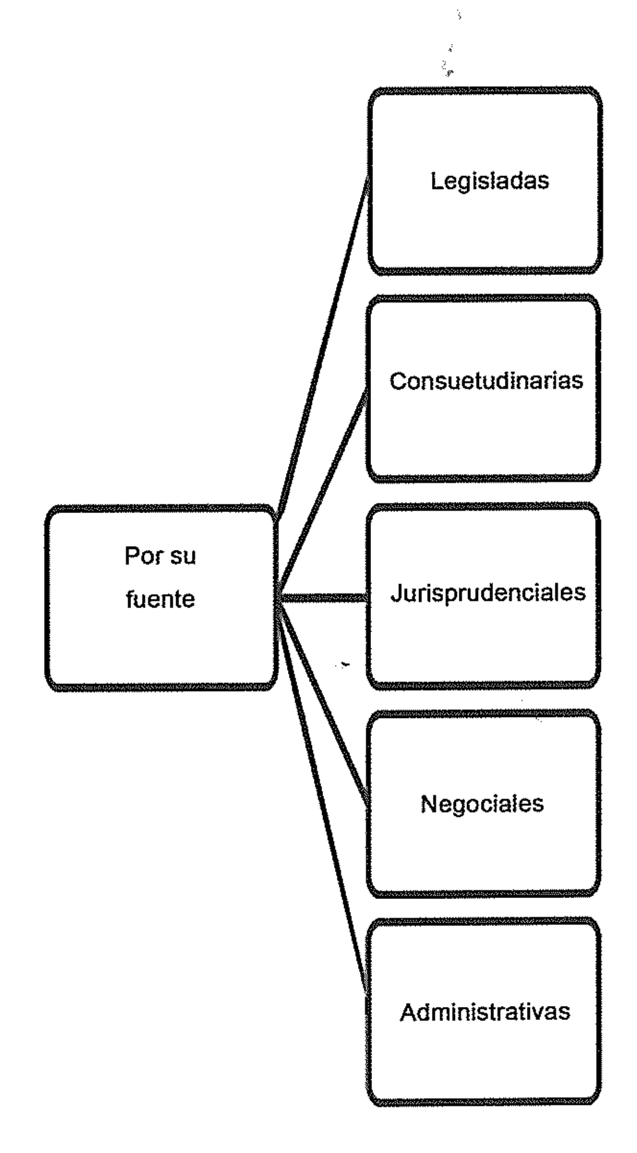
Las normas taxativas, en cambio, regulan de una sola forma una situación jurídica, del modo como ellas dicen, en razón de que se considera que la materia bajo regulación afecta al *orden público* o a las *buenas costumbres*. El orden público alude al interés general de la colectividad, se trata del conjunto de principios que son esenciales a una estructura social determinada. Por buenas costumbres se entienden las reglas de honestidad o moralidad existentes en la colectividad. Se deriva de lo expuesto que el orden público y las buenas costumbres deben ser preservados y por eso las materias que tienen que ver con tales tópicos son reguladas por normas taxativas, de modo que la ley establece lo que ha de hacerse en esos casos y no permite que haya una disposición diferente a la que prevé la ley en cuestión. No existe, sin embargo, un listado de las materias que tienen que ver con el orden público o las buenas costumbres. La redacción de una norma como taxativa es la que indica que el tema del supuesto de hecho afecta al orden público o a las buenas costumbres y que no se permite a los particulares crear una norma para tales supuestos.

Si la disposición es supletoria, suele incluir expresiones tales como "si no hay convenio expreso en contrario" o "a no ser que se hubiere pactado lo contrario", etc. Estas frases, o sus similares, no están presentes en la redacción de las taxativas, las cuales indican claramente que las situaciones descritas en ellas deben regularse de acuerdo a la disposición legislativa, sin que los particulares puedan establecer ninguna variante en la prescripción. En cambio las normas supletorias, que disciplinan materias que no afectan al

orden público y a las buenas costumbres, pueden ser regidas por la voluntad de los particulares mediante un negocio jurídico. Sólo en el supuesto de que los particulares no deseen, u olviden, hacer las previsiones del caso, se aplicará lo que dice la norma supletoria dictada para esta eventualidad.

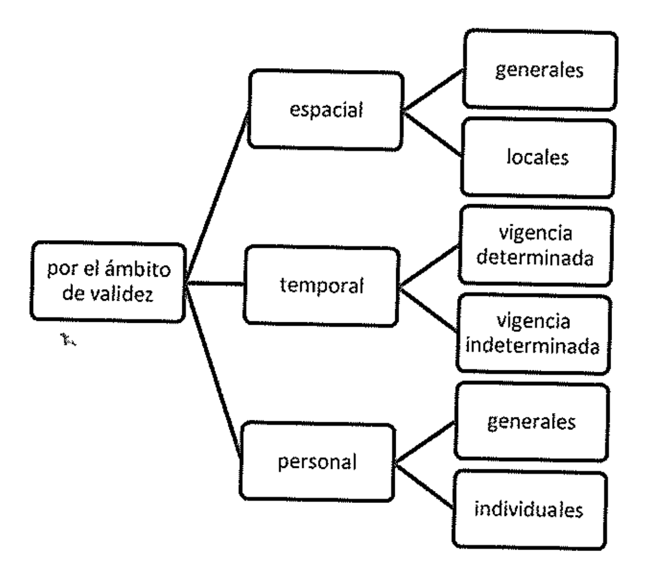
ESQUEMA DE LA CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

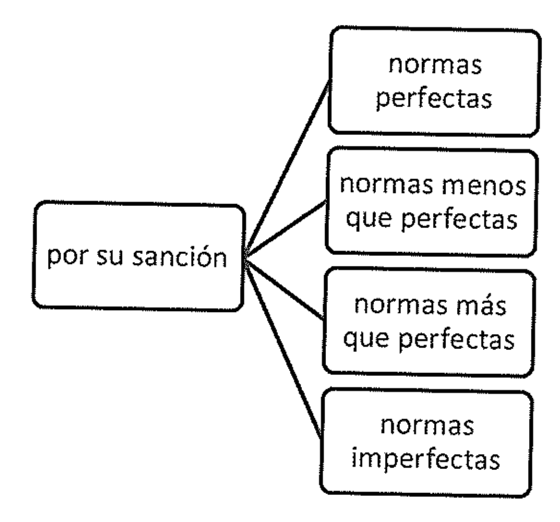


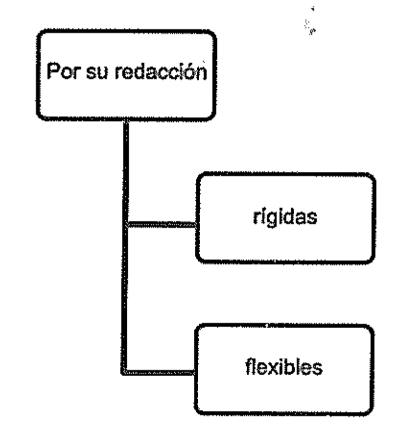


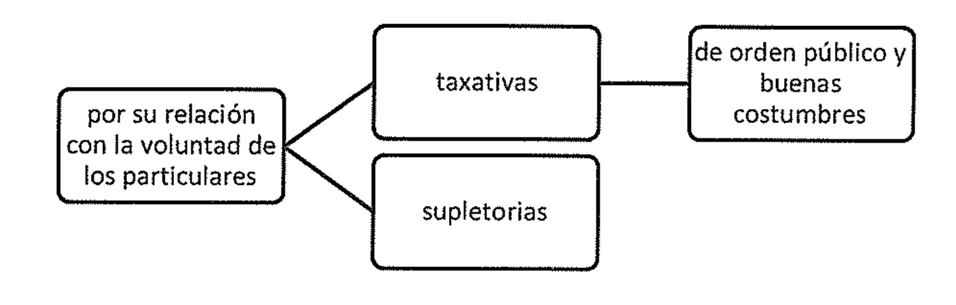
Derecho general y especial

Derecho común y excepcional









CUESTIONARIO

1. El tratado suscrito por Venezuela, sobre el Tribunal Internacional de La Haya, ¿es derecho nacional o extranjero?
2. El artículo 1.612 del Código Civil dice: "Se estará a la costumbre del lugar respecto a las reparaciones menores o locativas que hayan de ser a cargo del inquilino". De acuerdo a su fuente: ¿qué tipo de norma es?
3. El presupuesto de la nación es una ley formal ¿Cómo lo clasifica de acuerdo al ámbito temporal de validez?
4. La ley habilitante ¿qué norma es por la vigencia temporal?
5. ¿Cómo define usted las normas generales de acuerdo al ámbito personal de validez?
6. Las sentencias ¿son normas generales o individuales? ¿Por qué?
7. El artículo 1.142 del Código Civil dice: "El contrato puede ser anulado: 1. por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; y 2. por vicios del consentimiento". Desde el punto de vista de la sanción ¿cómo clasificaría esta norma?
8. ¿Qué diferencia encuentra usted entre las normas taxativas y las supletorias?
9. El artículo 6 del Código Civil dice que no hay posibilidad de hacer convenios particulares en materia de leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres. Las leyes a las que se refiere el artículo ¿son taxativas o supletorias?
10. ¿Qué es orden público y que son buenas costumbres?

CAPÍTULO 8

DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

Desde la época del Derecho Romano se viene dividiendo el ámbito de lo jurídico en Público y Privado. Se ha tratado de encontrar un criterio que sirva para distinguir estas dos grandes ramas del Derecho, lo cual ha originado muchas teorías, sin que se pueda decir que alguna satisface completamente. Por esta razón algunos autores han propuesto eliminar la distinción, pero sin embargo hasta el día de hoy se sigue hablando del Derecho Público y el Derecho Privado. Aquí se examinarán unas pocas teorías y las sub ramas que abarcan ambas ramas del Derecho.

1. Teorías sobre la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado

A. Teoría Romana o del interés. Se debe a los romanos la distinción del Derecho en Público y Privado, pero desde entonces se han elaborado más de cien teorías para establecer la separación entre ambas ramas. La Teoría Romana o del interés propone analizar las normas jurídicas para determinar si protegen un interés público, de la comunidad, o una utilidad particular. En el primer caso, se está en presencia del Derecho Público, en el segundo, del Derecho Privado.

La crítica que se ha hecho a este criterio señala que la referencia a un interés es una noción poco precisa, porque en la práctica hay muchos casos en los que es difícil distinguir lo que beneficia al interés colectivo o al particular. Por ejemplo, las disposiciones que se toman para salvaguardar la seguridad pública, el orden social, van en beneficio de la comunidad y también en interés de los particulares que viven en ella, que preferirán vivir en un mundo más tranquilo, más ordenado. Es poco seguro trazar una línea divisoria entre ambos intereses, sin lo cual no se podría establecer la

distinción entre las normas de Derecho Público y las de Derecho Privado. Las normas penales son de extraordinaria importancia para la sobrevivencia de la vida colectiva y, al mismo tiempo, son de interés para los particulares. De modo que los intereses colectivos e individuales suelen presentarse unidos y resultan, por esto, inadecuados para distinguir el Derecho Público y el Derecho Privado.

B. *Teoría del tipo de relación jurídica.* De acuerdo a esta teoría es preciso analizar si una norma jurídica establece una relación de coordinación entre los sujetos, entre dos particulares, en cuyo caso la relación sería de Derecho Privado, o si la relación es de subordinación, entre un particular y el Estado, circunstancia en la cual se trataría de una norma de Derecho Público.

Esta teoría tampoco es satisfactoria; se puede observar que la relación que se produce entre dos Estados, digamos entre dos países que llegan a un acuerdo, que firman, por ejemplo, un tratado sobre fronteras, es una relación de coordinación, a pesar de lo cual no se trataría de una relación de Derecho Privado sino de Derecho Público.

C. En vista de la crítica a la teoría anterior, se estableció una variante de ella con *la teoría de la condición de los sujetos en la relación jurídica.* La propuesta es analizar la relación jurídica que la norma crea para determinar, no el tipo de relación jurídica, sino los sujetos que intervienen en ella y con cuál carácter participa el Estado, si éste interviene en su condición de tal, revestido de imperio, o si la relación se da entre dos particulares, o entre un particular y el Estado actuando como un particular. Sólo cuando interviene el Estado en su papel de tal, se trata de una relación de Derecho Público, en los otros casos se trata de una relación de Derecho Privado.

También presenta alguna dificultad esta teoría. Aún cuando el Estado actúe como un particular en una relación, en muchos casos es necesario aplicarle normas de Derecho Público y no sólo de Derecho Privado. Por ejemplo, si el Estado va a vender acciones que posea en una empresa cualquiera, la formación de la voluntad del Estado quizás no se produce como la de un particular, sino que tiene que cumplir requisitos adicionales, como sería someter la negociación a consideración, por ejemplo, del Consejo de Ministros, o solicitar ciertas opiniones técnicas, etc. Las normas que regulan esos trámites son de Derecho Público; por lo demás, la situación

de privilegio que tiene el Estado cuando concurre a juicio, hace difícil que pueda decirse que actúa exactamente como un particular.

D. *Teoría de Kelsen.* El autor comienza por afirmar que no se ha podido lograr una definición satisfactoria de la diferencia entre las dos principales ramas del Derecho, pero que esa distinción es importante para los teóricos tradicionales de lo jurídico. Para ellos, el interés radica en oponer el Derecho al Estado, pensando que el Estado no tiene carácter jurídico, y que las relaciones de Derecho Privado son las verdaderamente jurídicas. La diferencia entre el Estado y los particulares, añade Kelsen, se refiere a una diferente manera de crear el Derecho, ya que algunos órganos del Estado están facultados para obligar a los particulares con una declaración unilateral de voluntad, como sucede con las sentencias o con las órdenes emanadas de un órgano administrativo, mientras que los particulares usualmente se obligan de manera recíproca, mediante contratos. Pero, a pesar del diferente modo de crear Derecho, para Kelsen lo que caracteriza a una norma jurídica es la coercibilidad, que supone el respaldo del aparato coactivo del Estado y ese respaldo se produce tanto para el Derecho Público como para el Derecho Privado. De modo que la noción de Estado y la noción de Derecho son inseparables, por lo cual, al no haber una oposición entre Estado y Derecho, no pueden distinguirse ambas ramas. El Derecho es uno solo, según Kelsen, y la función que la doctrina tradicional asigna al Derecho denominado Privado, es una función ideológica que corresponde a ciertas organizaciones de la sociedad, pero que no es esencial al sistema jurídico.

2. Sub ramas del Derecho Público

A. Derecho Constitucional. El Derecho Constitucional se origina prácticamente en el siglo XVIII, con la aparición del Estado, con las primeras Constituciones y con obras como *El Espíritu de las Leyes* de Montesquieu. Las normas constitucionales tienen por finalidad regular la estructura y funcionamiento del Estado y garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Todo Estado tiene una Constitución en sentido material, aunque no siempre exista una Constitución formal, como texto escrito. De acuerdo a lo señalado en cuanto a la finalidad de estas normas, la Constitución tiene una parte orgánica, referida a la estructura

y funcionamiento de los órganos del Estado, y una parte dogmática, que consagra las relaciones entre el Estado y los ciudadanos mediante el reconocimiento de una serie de derechos fundamentales.

B .Derecho Administrativo. Es una rama del Derecho Público también reciente. Rige una parte de la actividad del Estado. Desde la aparición del Estado de Derecho el poder se encuentra dividido en tres ramas: legislativo, ejecutivo y judicial. (La Constitución venezolana actual, de 1999, ha creado nuevas ramas del poder). Teóricamente a cada una de las ramas tradicionales corresponde una función del Estado: legislativa, administrativa y judicial. Parece bastante claro que la función legislativa tiene que ver con la creación de las leyes y la judicial con su aplicación, siendo más difícil de precisar la función administrativa. Desde luego, en la práctica nunca ha habido una división rígida, de acuerdo a la cual a cada poder le corresponda exclusivamente una función, porque eventualmente se atribuye participación a los distintos poderes en otra función, además de la propia. Por ejemplo, la función legislativa corresponde básicamente al Parlamento, pero también se establece cierta participación del Ejecutivo en la legislación, etc. Partiendo de la distribución original de funciones en los tres poderes, se hace una primera aproximación a la idea de Administración cuando se la refiere como aquella actividad del Estado que resta, excluyendo la legislación y la jurisdicción. Desde luego es una aproximación negativa a esta sub rama; un poco más positivamente puede decirse que el Derecho Administrativo estudia la organización y funciones de las instituciones del Estado, especialmente las relativas al poder ejecutivo. La función administrativa puede describirse como la actividad del Estado encaminada a la satisfacción de intereses generales, a la organización y buen funcionamiento de los servicios públicos, al mantenimiento del orden público y la seguridad jurídica, al poder de policía, etc. Así, correspondería al Ejecutivo, por ejemplo, la organización del servicio de salud, de educación, etc. Se considera tan importante la atención a tales intereses, que existe dentro de este campo lo que se conoce como el principio de continuidad administrativa, que persigue garantizar la permanencia en la prestación de la función pública. Es por esto que un funcionario público no puede abandonar su cargo hasta que sea reemplazado por otra persona designada para sustituirlo.

C. Derecho Financiero. Esta sub rama tiene autonomía reciente. Apareció como especialidad en épocas no remotas. Se ocupa de regular los aspectos jurídicos que tienen que ver con los ingresos y los gastos del Estado. Lo relativo a los impuestos, al presupuesto de la Nación, etc., pero en aquellos aspectos directamente vinculados con el Derecho.

D. Derecho Municipal. Se ocupa de las organizaciones políticas menores del Estado. En la Constitución venezolana vigente (artículo 16), el territorio nacional se divide en el de los estados, el distrito capital, las dependencias federales y los territorios federales. A su vez el territorio se organiza en municipios. Para fines del año 2010 en Venezuela se aprueba, en la Asamblea Nacional, la ley orgánica de las comunas, que regula la transferencia de competencias y servicios de los estados y municipios al poder popular. Son muy amplias las tareas transferidas a las comunas, comunidades organizadas y demás instancias de agregación comunal. Si se produce esta transferencia, en la práctica significará la eliminación de estados y municipios, por pérdida de atribuciones y de recursos. En la Gaceta Oficial Extraordinaria del 15 de junio de 2012 se publica la Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y Otras Atribuciones, según la cual las comunas, los consejos comunales y empresas comunales tendrían competencias que hasta ahora pertenecían a las alcaldías, como salud, vivienda, educación, deporte, cultura, mantenimiento y conservación de áreas urbanas y así por el estilo. Se ha señalado que la Ley es inconstitucional, pues las instancias a que se refiere la Ley no aparecen en la Constitución. La aprobación de estas leyes comunales ha hecho que se hable de la creación de un Estado comunal, paralelo al Estado de Derecho, Estado comunal que fue rechazado en el referéndum para la reforma constitucional de 2007 y que ahora se trata de implementar por vía legal, al margen de la Constitución.

E. Derecho Penal. Los conceptos básicos del Derecho Penal son el delito y la pena. El delito se refiere a las conductas prohibidas por las normas y la pena al castigo que establecen las normas para el caso de trasgresión de la conducta debida. El castigo puede consistir en la privación de la libertad, de la vida, de bienes, como en el caso de una multa, etc. El Derecho Penal incluye además las medidas de seguridad, que tienen por objeto evitar la criminalidad.

Hay un principio fundamental en Derecho Penal que dice que no hay crimen ni pena sin una ley penal previa. Es decir, que no puede considerarse que exista delito si no hay una ley que lo establezca y tampoco puede hablarse de pena si no está prevista en una ley.

Otro aspecto importante en relación con el Derecho Penal es lo que se refiere a la relación penal. Antiguamente existía la venganza privada por parte del agraviado o de sus familiares, situación que intenta mantenerse hoy en día en algunas comunidades indígenas, por ejemplo. En tal caso, la relación penal era una materia que correspondía sólo a los particulares. El moderno Derecho Penal entiende que cuando se comete un delito, hay una agresión a la sociedad y no sólo a un particular; el Estado interviene entre el agraviante y el agraviado mediante la figura del Juez, que forma parte de la relación penal. Aunque el agraviado perdone al agresor, se seguirá juicio al que incurrió en delito, salvo contadísimas excepciones en que se requiere la voluntad del agredido para que haya castigo. En esos casos se dice que el delito es de acción privada. Pero en la mayoría de los casos la realización del juicio penal no depende de la voluntad de los particulares. Hay un funcionario del Estado que lleva adelante la acusación y el Juez es quien toma la decisión.

F. *Derecho Procesal.* El cumplimiento del Derecho puede producirse de manera espontánea o de modo forzoso. El caso de la aplicación forzosa supone la existencia del Derecho Procesal para regular esa aplicación, pero para que pueda hablarse del Derecho Procesal es necesario que la comunidad de que se trate haya superado la autodefensa. Si los particulares toman la justicia en sus manos, no hay lugar para el Derecho Procesal. La relación procesal supone la intervención del Estado como un tercero, entre dos personas en conflicto.

Los conceptos básicos del Derecho Procesal son: *jurisdicción, acción y proceso.* La *jurisdicción* es la actividad mediante la cual el Estado, a través de ciertos órganos llamados jurisdiccionales, se sustituye a los particulares y a otros órganos públicos con el fin de aplicar el Derecho.

La *acción* es el requerimiento hecho al órgano competente para que restablezca el Derecho violado. La acción puede ser pública o privada. La acción privada supone la necesidad de que el particular agraviado haga

la reclamación correspondiente para que pueda llevarse adelante el juicio por la infracción del Derecho. En cambio en el caso de la acción pública no se necesita de tal reclamación particular, ya que un órgano del Estado llevará adelante el proceso correspondiente. Por ejemplo, en caso de un homicidio, o de lesiones personales, aunque los familiares o el agraviado no intenten reclamación alguna, de todas formas un fiscal del Ministerio Público efectuará la acusación correspondiente y el juicio seguirá hasta su culminación.

El *proceso* es el conjunto de actos coordinados del Juez y de las partes, para la actuación del derecho objetivo. Los procesos que constituyen la jurisdicción ordinaria son el civil y el penal. El juicio civil comienza con una demanda y la citación del demandado. Si hay cuestiones previas, ellas tienen lugar inmediatamente después del inicio. Luego viene la contestación de la demanda. Una vez que se tiene la demanda y la contestación de la demanda se dice que queda trabada la litis, la querella. Tanto la demanda como la contestación de la demanda son dos actos importantes del proceso, porque fijan los límites de lo que se reclama y de lo que se alega, que será lo que puede probarse luego. El lapso probatorio viene inmediatamente después y dentro de él se promueven y se evacuan las pruebas correspondientes. Luego es el momento de los informes, que es la exposición de los principales alegatos de las partes. Después vienen las observaciones a los informes que pueden hacer los litigantes y se pasa a la etapa de sentencia. Una vez que se produce la sentencia del juez, las partes tienen el recurso de apelación. De la sentencia dictada en apelación puede haber el recurso de casación ante el Tribunal Supremo de Justicia. Por último queda el recurso de invalidación, que se produce sólo bajo ciertos requisitos, y excepcionalmente, el recurso de revisión constitucional.

El juicio penal tiene una fase preparatoria y una fase intermedia, que tienen lugar ante un Juez de Control. Luego viene el Juicio Oral, que se ventila ante un Juez de Juicio y por último la ejecución de la sentencia, que corresponde a un Juez de Ejecución. La fase preparatoria incluye la denuncia, la querella o la simple noticia de un crimen, que da lugar al comienzo del proceso. La fase intermedia comprende la audiencia oral preliminar y la decisión del juez, que puede ser de admisión y ordenar el juicio oral, o de sobreseimiento de la causa, también puede haber ya

sentencia por admisión de los hechos, o el juez puede resolver las excepciones planteadas, o las medidas cautelares. Si se pasa al juicio oral, habrá el debate, la recepción de las pruebas, las conclusiones y réplicas, el cierre del debate, la deliberación y sentencia y luego de sentencia los lapsos para intentar los recursos de revocación, apelación, casación ante el Tribunal Supremo de Justicia y revisión penal, que procede en circunstancias determinadas. Excepcionalmente, el recurso de revisión constitucional.

G. *Derecho Internacional Público.* Se ocupa de regular las relaciones de los Estados entre sí y de los Estados con los organismos internacionales. Se ha debatido su carácter jurídico porque no existe una organización supra estatal dotada de soberanía, que pueda aplicar coactivamente sus decisiones. Se ha observado reiteradamente que las Naciones Unidas ordenan, por ejemplo, el alto el fuego en determinados Estados y las órdenes no son acatadas. De todas formas las Naciones Unidas cuentan con la aplicación de ciertas sanciones, aunque se señala que son situaciones más de hecho que de Derecho. Las represalias económicas y la guerra pueden ser consideradas sanciones del Derecho Internacional Público.

Las fuentes típicas del Derecho Internacional Público son la costumbre internacional y los pactos que firman los Estados. En Venezuela, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución, los pactos relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y se aplican preferentemente cuando tienen normas más favorables a las establecidas en la Constitución. Por otra parte, los tratados internacionales siguen un procedimiento que incluye la aprobación por parte de la Asamblea Nacional, lo que convierte al pacto en Derecho nacional, según el Tribunal Supremo de Justicia y algunos autores.

3. Sub ramas del Derecho Privado

A. *Derecho Internacional Privado.* Regula las relaciones entre particulares cuando entran en juego legislaciones de diferentes países. Las normas de Derecho Internacional Privado señalan cuál es la legislación aplicable en cada caso. Puede decirse que es un problema de aplicación del Derecho en el espacio. Las personas de un país determinado pueden realizar actividades en otro país y pudiera suceder que entren en juego varias legislaciones de diferentes naciones. Básicamente la legislación de un ordenamiento jurídico

se aplica en el territorio del país al cual pertenecen las normas, pero de manera excepcional puede establecerse que para determinadas materias se aplicará la legislación de la nacionalidad de una persona. Podría, por ejemplo, decirse en un tratado ratificado por varios Estados, que los países que suscriben están de acuerdo en aplicar a la materia relativa al estado y capacidad de las personas la legislación de la respectiva nacionalidad. Esa disposición sería una norma de Derecho Internacional Privado.

B. Derecho Civil. Como dice De Ruggiero (s/f: tomo I, 72 a 74) las relaciones jurídicas del Derecho Civil pueden reducirse a dos grupos: la procreación y la explotación del mundo exterior, correspondiendo a relaciones de familia y relativas al patrimonio. Para su estudio, el Derecho Civil se suele subdividir en Derecho de las Personas, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, Derecho de Bienes, Derecho de Obligaciones y Derecho de Contratos y Garantías. De modo que el Derecho Civil regula la vida humana en sus aspectos más significativos (Personas y Familia), las relaciones de los individuos con otras personas (Obligaciones, Contratos y Garantías y Sucesiones) y con las cosas (Bienes).

C. *Derecho Mercantil.* Regula las relaciones entre comerciantes relativas al ejercicio del comercio y los actos objetivos del comercio. De tal manera que hay actos subjetivos de comercio, cuando son realizados por comerciantes, en materias relativas al comercio, y actos objetivos de comercio, cuando los actos, independientemente de la persona que los realice, caen bajo la regulación mercantil. Es decir, que hay actividades realizadas por comerciantes (los que hacen del comercio su profesión habitual), pero que no tienen que ver con el comercio, como sería el matrimonio de un comerciante, que se rige por el Derecho Civil y no por el Derecho Mercantil. Y hay actos, como el cheque, o la letra de cambio, que independientemente de quien los realiza, se rigen por la legislación mercantil. Es decir, que en este último caso la calificación del acto no depende del sujeto que lo realiza, sino que objetivamente es un acto de comercio.

4. Derecho Mixto

A. *Derecho Laboral.* Se ubica como Derecho Mixto porque no es clara su clasificación como Derecho Privado o Derecho Público, ya que hay aspectos que hacen pensar en ambas posibilidades. Este Derecho Laboral se

refiere al conjunto de normas que regulan el trabajo como hecho social, las relaciones de quienes intervienen en él y el mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores. Este Derecho considera a los trabajadores como débiles jurídicos y tiende a su protección, en la desigual relación que tienen con los patronos.

B. *Derecho Agrario.* Se ocupa de los aspectos jurídicos que se refieren a la agricultura. Puede describirse como el conjunto de normas que regulan la materia jurídica concerniente a la propiedad rústica y a la explotación agrícola.

Además de las sub ramas mencionadas podrían mencionarse otras, que han ido apareciendo en épocas recientes, con la evolución de las circunstancias sociales.

ESQUEMA DE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

1. Teorías sobre la distinción entre Derecho Público y Privado

A. Teoría Romana o del interés
B. Teoría del tipo de relación jurídica
C. Teoría de la condición de los sujetos
D. Teoría de Kelsen

2. Sub ramas del Derecho Público

A. Derecho Constitucional
B. Derecho Administrativo
C. Derecho Financiero
D. Derecho Municipal
E. Derecho Penal
F. Derecho Procesal
G. Derecho Internacional Público

3. Sub ramas del Derecho Privado

A. Derecho Internacional Privado
B. Derecho Civil
C. Derecho Mercantil

4. Derecho Mixto

A. Derecho Laboral
B. Derecho Agrario

CUESTIONARIO

1. Explique y critique la teoría del interés.
2. Explique si hay relaciones jurídicas de coordinación en el Derecho Público.
3. Cuando el Estado actúa como un particular, ¿es regulado sólo por el Derecho Civil?
4. ¿Las nociones de Estado y Derecho son separables para Kelsen? ¿Cómo afecta esto la distinción entre Derecho Público y Privado?
5. El reconocimiento de los derechos fundamentales del ciudadano, ¿qué parte es de una Constitución escrita? ¿Qué otra parte hay en la Constitución?
6. Mencione las funciones del Estado moderno y señale a qué órgano corresponde cada una.
7. Actualmente en Venezuela ¿está afectada la existencia del municipio?
8. ¿Qué se necesita para que una conducta se considere delito y para que haya sanción?
9. ¿Qué es jurisdicción, acción y proceso?
10. Si los familiares de una persona asesinada perdonan al asesino ¿hay juicio?
11. ¿Cómo diferencia usted el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado?
12. ¿Cómo se divide el Derecho Civil para su estudio?
13. ¿El matrimonio de dos comerciantes se rige por el Derecho Mercantil?
14. ¿Qué es un acto objetivo de comercio?
15. ¿Qué regula el Derecho Laboral?
16. ¿Qué sub rama del Derecho se ocupa de los aspectos jurídicos de la explotación agrícola?

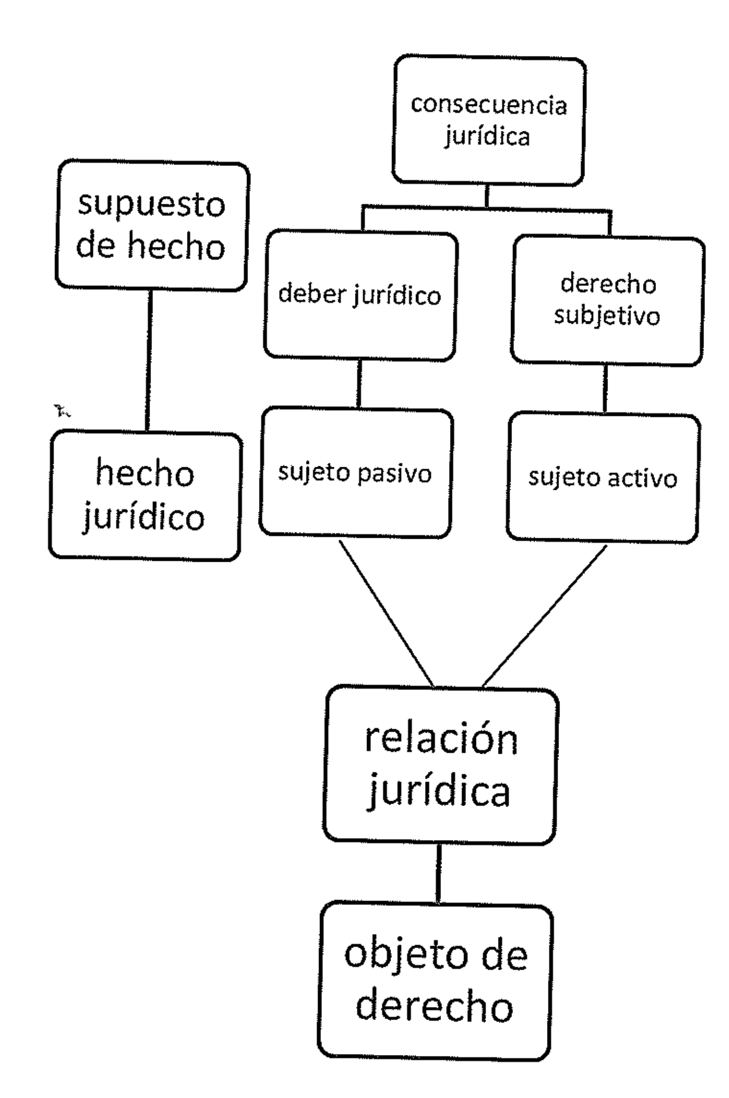
CAPÍTULO 9

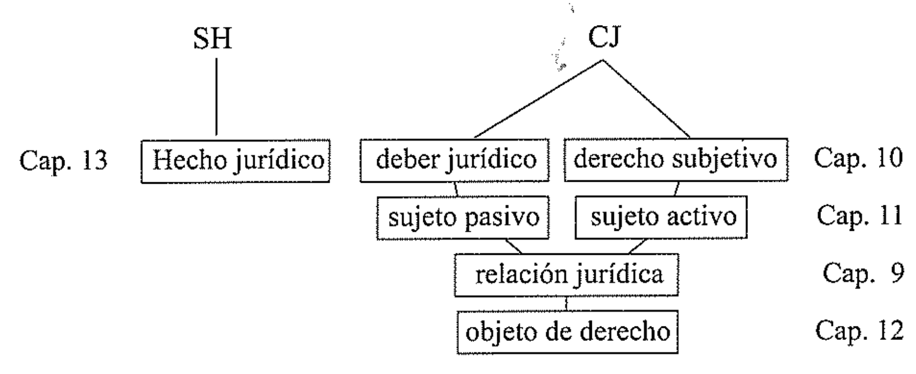
LA RELACIÓN JURÍDICA

1. Introducción

Los capítulos 5 al 8, ya considerados, constituyen una unidad que se ocupa del estudio de la norma jurídica, de su estructura lógica, de la clasificación de las normas por la jerarquía, de otras clasificaciones y de la división en las grandes ramas del Derecho: Derecho Público y Derecho Privado. Los capítulos del 9 al 13 integran otra unidad y siguen teniendo por objeto la norma jurídica, pero en cuanto a una serie de conceptos que están incluidos dentro de las normas: la relación jurídica, el derecho subjetivo, el sujeto de derecho, etc. Estas nociones serán estudiadas a través de diferentes teorías, tanto las que han sido consideradas tradicionales, como la tesis de Kelsen, que comienza por ser crítica con relación a las teorías anteriores, antes de exponer su propio punto de vista.

Un esquema servirá para visualizar fácilmente estos capítulos:





2. Teorías sobre la relación jurídica

Hay dos tipos de teorías sobre la relación jurídica, así como sobre los otros conceptos enunciados, tales como derecho subjetivo, deber jurídico y sujeto de derecho. Un grupo de estas teorías ha recibido la denominación de *teorías tradicionales*, las cuales tienen algunos elementos en común; por otra parte se encuentra la *teoría de Kelsen*, que considera cada una de las nociones mencionadas, de modo muy diferente a las anteriores. Las teorías tradicionales se caracterizan por considerar a todos los conceptos en cuestión como compuestos por elementos de diferente naturaleza; las definiciones que ofrecen incluyen un elemento que pertenece al ámbito del ser, a la realidad empírica, y otro que corresponde al mundo del deber ser, a la norma jurídica. En cambio la teoría de Kelsen critica esta mezcla de componentes para describir esas ideas y las trabaja exclusivamente como parte de la norma jurídica.

De esta forma tenemos los siguientes elementos:

Teorías Tradicionales: ser (realidad) + deber ser (norma jurídica)

Teoría de Kelsen: deber ser (norma jurídica)

Así por ejemplo, para hablar de la relación jurídica, la doctrina tradicional necesita primero de una relación humana, una relación entre dos individuos, que se produzca en la realidad (mundo del ser), y luego viene el reconocimiento de esa relación por la norma jurídica (mundo del deber ser). La doctrina tradicional entiende que la relación jurídica debe darse primero en la realidad, tiene que haber una relación entre dos personas (empíricamente consideradas) y después debe haber una norma jurídica

que hable del vínculo entre las dos personas y que le atribuya consecuencias jurídicas. En cambio Kelsen piensa que la relación jurídica es un concepto que la norma crea y que existe desde que hay norma, sin necesidad de que se produzca la relación en la realidad. Si una norma habla de las lesiones que puede ocasionar una persona a otra, para Kelsen el vínculo entre agresor y agredido existe desde que se crea la norma que castiga las lesiones personales, aunque en la realidad no se haya producido ningún conflicto. Para los tradicionalistas, se habla de relación jurídica si en los hechos ha habido una agresión, una vinculación entre las personas, y si una norma castiga tal conducta. Según Kelsen, desde que se crea la norma jurídica correspondiente, existe la figura de lesiones personales y el consecuente castigo.

De este modo, los tradicionalistas comienzan la consideración de la relación jurídica hablando de las relaciones humanas en general, de las cuales algunas no interesan al Derecho. Por ejemplo, entre dos personas puede haber una relación de amistad y esta relación no pasa de ser humana, porque el Derecho no la regula. Pero hay otras relaciones humanas a las cuales una norma jurídica atribuye consecuencias en Derecho, convirtiendo las relaciones humanas en relaciones jurídicas. Sea, por ejemplo, el caso del acuerdo de dos personas para realizar una compra venta, que según la teoría tradicional comienza por una negociación entre dos sujetos y luego hay una norma que crea los efectos jurídicos.

La objeción de Kelsen a la doctrina tradicional es que ella describe un concepto de Derecho, como es la relación jurídica, mezclando elementos de diferente naturaleza: elementos empíricos, cuando habla de la relación humana, y elementos normativos, cuando se refiere a la norma jurídica. Para él, los conceptos jurídicos no pueden ser otra cosa que partes de una norma jurídica y como tales no tienen realidad empírica. Lo que sucede en la experiencia, en la realidad, no puede mezclarse con una noción normativa. Una cosa es la realidad, el plano de lo que sucede en los hechos, y otro diferente el nivel de lo que debe ser. Cuando una norma señala lo que se considera la conducta debida, no está describiendo algo que sucede en la realidad, sino que se refiere a algo que debe suceder, que es un nivel distinto al de los hechos. Son dos planos muy diferentes lo que es y lo que debe ser, que no pueden mezclarse. En cuanto a los efectos jurídicos

que la norma establece, consisten en los deberes jurídicos y los derechos subjetivos previstos en ella, que son indispensables para la buena marcha de la sociedad. Es preciso examinar ahora la manera como es explicada la relación jurídica por las diferentes teorías.

3. Teorías tradicionales

A. Teoría de los dos sujetos. Según esta teoría la relación jurídica consiste en un vínculo entre dos sujetos: un sujeto pasivo, que soporta el deber jurídico previsto en la norma, y un sujeto activo, a quien la norma atribuye una facultad o derecho subjetivo correlativo al deber jurídico. El sujeto pasivo está obligado a cumplir una determinada conducta y el sujeto activo está facultado para exigir esa determinada conducta. Si el sujeto pasivo debe entregar una cantidad de dinero, el sujeto activo tiene el poder de reclamar y recibir ese pago.

En el caso de los derechos de crédito, sea por ejemplo un préstamo que hace un acreedor a un deudor, esta teoría explica bien la relación jurídica, puesto que se ven claramente el sujeto activo y el pasivo. Pero en cambio, se puede criticar a esta teoría que los derechos reales, como el derecho de propiedad que tiene un sujeto sobre un inmueble, no son bien explicados por ella. El sujeto activo es el propietario, pero no se ve de inmediato el sujeto pasivo; para encontrar el sujeto pasivo es necesario acudir a la explicación de un sujeto pasivo universal, es decir, todos los demás individuos que no son el propietario, que tienen la obligación de no perturbar el derecho del propietario. Como se ve, la tesis de los dos sujetos no es muy satisfactoria para la explicación de los derechos reales, ya que no habría frente al propietario un sujeto perfectamente determinado, con el cual se establecería la relación jurídica.

B. Teoría del derecho sobre el objeto. Quizás por la crítica de la teoría anterior, surgió la idea de que la relación jurídica se explica mejor como una relación entre una persona, que tiene el derecho, y el objeto de ese derecho. El vínculo sería entonces entre una persona y una cosa. Se le ha criticado a esta teoría que no es posible hablar realmente de un vínculo entre una persona y una cosa, ya que los vínculos se dan entre personas. Pero aún aceptando la posibilidad de un vínculo entre una persona y una cosa, cabe criticar que eso explicaría bien los derechos reales, pero no así los derechos

de crédito. En este último caso, cuando una persona tiene derecho a exigir un pago a otra persona, no tiene un derecho directo sobre la cantidad de dinero; no podría ingresar al domicilio del deudor y tomar esa suma de manera inmediata, sino que es necesario que pida a su deudor la entrega de la suma. De modo que no se ve claramente que haya una relación de la persona con la cosa, un derecho sobre el objeto.

C. Como es frecuente en la Teoría Jurídica, no ha faltado quien proclame una *Teoría ecléctica*, que explicaría los derechos de crédito como una relación entre dos sujetos y los derechos reales como un derecho sobre el objeto. Esta teoría adolecería, sin embargo, de la consideración de un posible vínculo o relación entre las personas y las cosas, lo cual ya ha sido cuestionado.

4. Teoría de Kelsen

En la *Teoría Pura del Derecho* dice Kelsen:

> "Un orden coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinada a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción"(1967:120).

Aquí Kelsen explica que el deber jurídico de una persona resulta del establecimiento de un acto de coacción para sancionar la infracción del Derecho y es la norma la que vincula una conducta con una sanción, de donde resulta el deber de observar la conducta contraria para evitar la sanción. Si la norma dice que determinada conducta será castigada, de allí se infiere que la conducta debida es no realizar esa conducta. Es necesario que la norma sancione una actividad, para que se sepa cuál es el deber jurídico. De modo que la relación jurídica está en la norma únicamente, ya que el hecho de establecer una sanción para una conducta, crea el deber de comportarse evitando tal conducta. En el capítulo cinco se explicó esto, diciendo que la norma secundaria se infiere de la primaria, está establecida tácitamente en la primaria.

Así que para Kelsen no hay relación entre dos sujetos, ni relación entre una persona y una cosa. Lo que hay es la relación que la norma jurídica crea

entre una conducta y una sanción, de donde se deriva el deber de evitar la conducta sancionable.

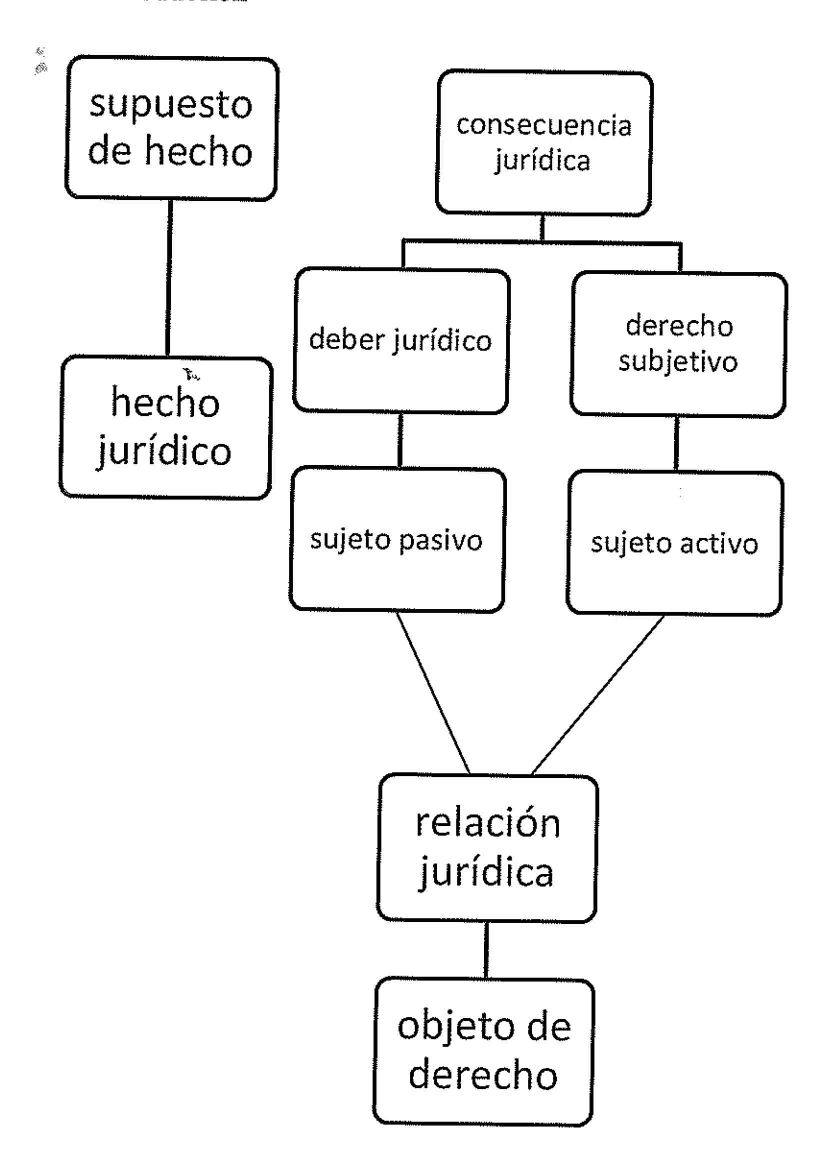
5. Situación jurídica

Una relación jurídica por lo general implica un deber para un sujeto y un derecho correlativo para otro. La mayoría de las veces la relación implica deberes y derechos para ambos sujetos. Por ejemplo, cuando dos personas hacen un contrato, normalmente ambos tienen deberes y también derechos. La norma, que en el ejemplo citado es el contrato, establece los respectivos deberes y derechos de los sujetos.

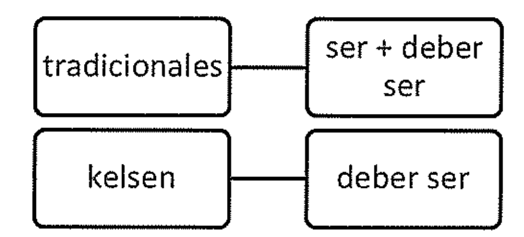
Una situación jurídica es algo más complejo. Las normas pueden crear una posición especial para un sujeto, en la cual ese sujeto va a ser, como dice Egaña, "el centro de una serie de relaciones jurídicas" (1963:125). De modo que hay todo un conjunto de deberes y derechos que las normas establecen para un sólo sujeto, que se encuentra en determinada situación jurídica. El caso típico es el del padre de familia, para quien las normas crean un conjunto de relaciones jurídicas, en las cuales aparece como obligado y como facultado, es decir, que tiene deberes y derechos en virtud de su condición de padre, por la situación jurídica en que se encuentra.

ESQUEMA DE LA RELACIÓN JURÍDICA

1. Introducción



2. Teorías sobre la relación jurídica



3. Teorías tradicionales

A. Teoría de los dos sujetos
B. Teoría del derecho sobre el objeto
C. Teoría ecléctica

4.Teoría de kelsen

5. Situación jurídica

CUESTIONARIO

1. El Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda (de aquélla época), dictó una sentencia el 10.10.69, en una de cuyas partes dice:

   "Disuelto el matrimonio por conversión en divorcio de la separación de cuerpos por mutuo consentimiento, a ninguno de los cónyuges puede considerarse culpable. En consecuencia, estipulada por el marido una pensión mensual a favor de la cónyuge, para que tuviera efecto a partir de la disolución del vínculo matrimonial que los unía, la cónyuge tiene pleno derecho, una vez disuelto el matrimonio, a recibir lo que en su provecho fue pactado o prometido, sin que constituya ninguna ilicitud el hecho de que se hubiese previsto como una modalidad de la prestación periódica constituida a su favor, que la misma concluiría al contraer ella nuevas nupcias".

   Diga cuál es la relación jurídica, cuál es el hecho jurídico que da lugar a la relación jurídica, cuál es el sujeto activo y cuál el pasivo, cuál el deber jurídico y cuál el derecho subjetivo en este caso.
2. ¿Qué diferencia hay entre las doctrinas tradicionales y la doctrina de Kelsen en materia de relación jurídica?
3. ¿Qué derechos explica bien la teoría de los dos sujetos y por qué?
4. ¿Qué críticas haría a la teoría del derecho sobre el objeto?
5. ¿Encuentra críticas a la teoría ecléctica?
6. Explique la teoría de Kelsen sobre la relación jurídica.
7. Explique qué es una situación jurídica.

CAPÍTULO 10

DERECHO SUBJETIVO Y DEBER JURÍDICO

Las normas jurídicas establecen deberes jurídicos y derechos subjetivos. Como ya se ha señalado, una vez que se ha estudiado la norma jurídica en su conjunto, en su estructura lógica y en sus clasificaciones, se hace necesario revisar más detalladamente los conceptos que ella puede encerrar. En el capítulo anterior se examinó la noción de relación jurídica; ahora corresponde continuar con ese análisis, considerando las teorías sobre deber jurídico, derecho subjetivo, sus clasificaciones, etc.

1. Derecho subjetivo

A. Noción. Según la doctrina tradicional, puede entenderse por derecho subjetivo la facultad o poder de una persona para actuar en relación con determinados intereses. Por ejemplo, aquel que tiene el derecho subjetivo de propiedad sobre un inmueble, está facultado para realizar una serie de acciones con ese inmueble, como remodelarlo, prestarlo, alquilarlo, venderlo, etc.

B. Elementos. Siempre de acuerdo con la doctrina tradicional, el derecho subjetivo comprende un elemento interno y un elemento externo. El elemento interno consiste en la posibilidad del sujeto titular del derecho subjetivo de hacer algo en relación con el objeto de su derecho. El propietario de un automóvil, en virtud de este elemento interno, puede por ejemplo, alquilar su vehículo. El elemento externo se subdivide en dos aspectos: la posibilidad de exigir determinada conducta a otro sujeto y la posibilidad de ejercer una *acción* ante un órgano competente, para reclamar judicialmente su derecho. El que prestó un dinero, puede exigir la devolución de la cantidad o demandar ante un tribunal por esa devolución. Más adelante se verá que Kelsen reduce el derecho subjetivo a esta acción ante el tribunal.

C. *Relación con el sujeto.* Ya se mencionó la expresión "titularidad", para referir la relación que tiene un sujeto con el derecho que posee. Hay que agregar algunas cosas. El sujeto, el titular, puede que no esté determinado, pero es necesario que sea al menos determinable. La situación de un derecho subjetivo sin sujeto sólo puede ser provisional, bien porque aún no existe el sujeto, pero puede llegar a existir, o bien porque llegue a faltar y habrá que determinar quién será el nuevo titular. El caso de que aún no exista el titular se puede presentar, por ejemplo, cuando se designa heredero al primer hijo que tenga un hermano de quien hace testamento. En un primer momento no existe el titular, pero puede lograr determinarse. El otro caso, si llega a faltar el titular, por ejemplo por fallecimiento del mismo, temporalmente falta el titular, pero hay modos de determinar a quién corresponderá en definitiva el derecho subjetivo.

En este orden de ideas también puede presentarse el caso de los derechos ambulatorios. Se produce cuando un derecho es accesorio a un derecho real. En esta situación, el titular del derecho accesorio es el titular del derecho real. Si el derecho real pasa a otro titular, también pasará el derecho accesorio. Es el caso, por ejemplo, de que se establezca una servidumbre de paso a favor de un fundo determinado. El titular de la servidumbre será el titular del fundo de que se trate. Si se traspasa la propiedad del fundo, se traspasa igualmente la servidumbre, que es un derecho accesorio al derecho de propiedad del fundo.

D. *Grados de desarrollo del derecho subjetivo.* Se habla de *derecho perfecto, derecho expectante, expectativa de derecho* y *simple esperanza de derecho.* El *derecho perfecto* es aquel que existe y que es exigible. El *derecho expectante* existe, pero no es aún exigible porque está sometido a un plazo que no ha vencido. La *expectativa de derecho* se refiere a un derecho en formación. Falta algún elemento para que el derecho se perfecciones. Sería el caso de un derecho sometido a condición; mientras ella no se produce, no comienza a existir el derecho. Por último, la *simple esperanza de derecho,* que consiste en una posibilidad abstracta de llegar a adquirir un derecho. Por ejemplo, la esperanza de que un familiar designe heredera a una persona, que no es heredera legitimaria. Se trata de una simple posibilidad, que puede no concretarse.

2. Teorías tradicionales sobre derecho subjetivo

A. Teoría de la voluntad. Esta teoría considera que lo esencial del derecho subjetivo descansa en la voluntad del titular. Si se tiene la voluntad, se tiene el derecho subjetivo. Esa voluntad tiene la fuerza suficiente para sustentar el derecho subjetivo. La teoría suele entender al derecho subjetivo como *el señorío de una voluntad reconocido por el ordenamiento jurídico.* En esa definición se observa que se habla de un "reconocimiento" del ordenamiento jurídico. La idea del reconocimiento implica que el derecho ya existe y la norma jurídica se limita a "re-conocer" lo que ya existe. De modo que lo determinante para la existencia del derecho es la voluntad del titular. Si el titular "quiere" algo, el Derecho recoge y protege ese querer.

Esta teoría es susceptible de numerosas críticas: a) Es posible que no se tenga voluntad y se tenga sin embargo el derecho. Los motivos por los cuales no se tiene voluntad, a su vez son variados: porque no se *pueda*, porque no se *quiera*, porque no se *sepa* o porque los derechos sean *indisponibles.* a1). Puede ser que no se *pueda* tener voluntad, como el caso de los niños pequeños, el caso de los enajenados mentales, o el caso de las personas colectivas. A pesar de que no pueden tener voluntad, se observa que pueden tener derecho subjetivo. a2). Puede ser que no se *quiera* tener un derecho y, sin embargo, aún en ese caso, el derecho persiste en cabeza del titular. Quien hereda un inmueble puede que no quiera ser el propietario, pero lo es y deberá renunciar a esa herencia o disponer de su derecho de alguna otra forma. a3). También puede darse el caso de que no se *sepa* que se tiene un derecho, con lo cual no hay posibilidad de tener la voluntad correspondiente. Si una persona no sabe que ha muerto un familiar que la nombró heredera, no puede tener la voluntad de ser heredera, porque ignora la situación, y sin embargo lo es, por lo cual tiene los derechos correspondientes. a4). Está, por otra parte, el caso de los *derechos indisponibles.* Un obrero no puede renunciar a tener sus prestaciones sociales, porque son derechos irrenunciables. Cosa distinta es que se niegue a ejercer el derecho, pero el derecho lo tiene. Si no puede renunciar de antemano a esos derechos, quiere decir que no dependen de su voluntad. b) También es posible la situación contraria, que se tenga la voluntad de tener un derecho pero que no se lo tenga. Una persona puede desear fuertemente ser propietario de una gran fortuna, pero esa voluntad no lo convierte en propietario, de modo que hay la voluntad, pero no el

derecho. c) Se ha señalado como crítica, por otra parte, que el Derecho no existe para proteger voluntades particulares, sino para atender y regular los intereses de la colectividad. d) Por último, Kelsen señala que se intenta explicar un concepto normativo, la idea de derecho subjetivo, que es parte de la norma, mediante una noción empírica, extraña a la norma, como es la voluntad del titular.

B. Teoría del interés. Esta teoría dice que lo que protege el ordenamiento jurídico no es la voluntad de alguna persona, sino el interés que esa voluntad persigue. En vista del interés perseguido, el ordenamiento jurídico puede darle protección. En otras palabras, la teoría entiende el derecho subjetivo como *un interés jurídicamente protegido.*

En cuanto a las críticas que se pueden hacer a esta teoría, son las misma que se hacen a la teoría de la voluntad, ya que puede suceder que no se tenga interés (porque no se pueda, porque no se quiera, etc.) y sin embargo el derecho subsiste. Igualmente se puede tener sumo interés en tener un derecho subjetivo y sin embargo esto no basta para tenerlo. Y así con las demás críticas.

C. Teoría ecléctica. Resulta usual en el campo jurídico, dentro de cualquier controversia, la existencia de una teoría ecléctica y también se produce en este caso; dicha teoría entiende el derecho subjetivo como *un interés tutelado por la Ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual.* Por supuesto que la teoría se hace acreedora a las críticas ya mencionadas para las otras teorías, puesto que suma ambos criterios señalados y censurados.

3. Teoría de Kelsen sobre derecho subjetivo

Kelsen comienza su consideración del derecho subjetivo elaborando objeciones a las teorías tradicionales. Dice que esas teorías separan el derecho objetivo y el derecho subjetivo introduciendo una *contradicción* en la teoría del Derecho, ya que el derecho objetivo es descrito señalando que posee un carácter normativo, que consiste en una norma, en cambio al derecho subjetivo se le atribuye un carácter empírico, en la medida en que es definido como una voluntad o un interés. De tal manera que al tener los dos derechos, objetivo y subjetivo, dos naturalezas distintas, normativa y

empírica, no pueden ser englobados en una misma noción de Derecho. El derecho subjetivo, al ser empírico, no puede ser subsumido en el derecho objetivo, que es una norma. Atribuirles naturalezas distintas es lo que Kelsen considera contradictorio.

Por otra parte, Kelsen observa que hay *una razón ideológica* en la Doctrina tradicional para separar el derecho subjetivo y el objetivo. La idea es que, al separar el derecho subjetivo y el objetivo, pretende presentar al derecho subjetivo como anterior, lógica y cronológicamente, al derecho objetivo. La norma jurídica, que es lo que se considera derecho objetivo, estaría limitada a reconocer el derecho subjetivo. Si el derecho subjetivo es anterior cronológicamente al objetivo, quiere decir que nace antes que el objetivo; si es anterior lógicamente, el derecho subjetivo es el fundamento del derecho objetivo. De este modo, se fortalece el derecho subjetivo; el derecho subjetivo se presenta como una categoría trascendente al derecho objetivo, que existe independientemente de él y que le impone límites infranqueables. El derecho objetivo se limitaría a reconocer al derecho subjetivo, que existiría con anterioridad y del cual se derivaría el derecho objetivo. Por esta vía se trata de asegurar ciertos derechos subjetivos, como el derecho de propiedad privada, especialmente frente a la posibilidad de que las normas positivas, o derecho objetivo, modifiquen su contenido y eventualmente no reconozcan al derecho de propiedad (Kelsen, 1967: 113, 114, 116).

Después de estas críticas a las doctrinas tradicionales, pasa Kelsen a explicar lo que él entiende por derecho subjetivo. Dice: "Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito" (1967: 122).

Lo primero que hay que comentar en relación con esa cita, es que Kelsen señala *cuándo es que hay derecho subjetivo* en una norma. En otras palabras, que hay normas que no encierran derecho subjetivo. La norma contiene derecho subjetivo cuando el supuesto de hecho de la norma primaria establece entre sus requisitos para que haya sanción, el ejercicio de una acción judicial por parte de un individuo que ha sido afectado en sus intereses. Es decir, que en algunas normas, para que haya sanción, el particular afectado tiene

que ejercer una acción ante el órgano jurisdiccional correspondiente. Si la sanción prevista en la norma puede aplicarse sin necesidad de este requisito, de que el particular afectado ejerza una acción, quiere decir que esa norma no encierra derecho subjetivo para Kelsen. Lo hay sólo cuando se establece como requisito necesario para la sanción, el ejercicio de una acción por el particular agraviado. Por ejemplo, si una persona pide una cantidad de dinero en préstamo, comprometiéndose a pagarla en un plazo determinado y llegado el plazo no cumple su obligación de pagar tal cantidad, para que un juez lo sancione se necesita que el acreedor lo demande ante un tribunal, o sea, que como particular agraviado, ejerza la acción correspondiente. En ese caso, la norma que establece la obligación de devolver el dinero, encierra un derecho subjetivo, al decir de Kelsen. En cambio, hay una norma que prohíbe ocasionar heridas a otra persona. Si alguien hiere a otro, aunque el agredido no reclame ante el tribunal, el agresor va a ser sancionado. Aquí se ve una norma que no encierra derecho subjetivo, según Kelsen. De acuerdo al autor, el derecho subjetivo es una técnica que contienen algunas normas para crear Derecho, al dictar una norma que contenga una sanción contra el infractor, sólo en el caso de que el lesionado reclame judicialmente.

De modo que Kelsen reduce el derecho subjetivo a la *acción*, que era parte del elemento externo del derecho subjetivo, según la doctrina tradicional, como se señaló al comienzo del capítulo. Para Kelsen es innecesario el elemento interno del derecho subjetivo y la primera parte del externo, la posibilidad de hacer algo, o de exigir determinada conducta, ya que el Derecho no tiene que autorizar a las personas para actuar o para exigir algo, en vista de que *el principio de plenitud hermética* del ordenamiento jurídico dice que nadie está impedido de realizar lo que no está expresamente prohibido, ni obligado a realizar lo que no está claramente ordenado. Por esta razón, no ve la necesidad de hablar del elemento interno del derecho subjetivo y de la primera parte del elemento externo, por lo cual el derecho subjetivo consiste únicamente en la acción a cargo del particular lesionado en sus intereses.

4. Clasificación de los derechos subjetivos

Existen varios criterios de acuerdo a los cuales se clasifican los derechos subjetivos. A continuación se expondrán algunas de esas clasificaciones.

A. Por su eficacia. Es decir, por la manera como se pueden hacer valer los derechos. De acuerdo a este criterio los derechos pueden ser: absolutos o *erga omnes* y relativos o *inter partes*. Son absolutos cuando pueden ser exigidos frente a todos los sujetos. El derecho de propiedad privada es un derecho absoluto porque el propietario puede exigir a todas las personas que respeten su derecho. Un derecho es relativo cuando solo puede ser exigido a determinada persona. El acreedor sólo puede exigir el pago de lo que se le debe a su deudor.

B. *Por la relación con el titular.* Se clasifican en transmisibles e intransmisibles, según que puedan o no ser traspasados de una persona a otra. El dueño de un inmueble puede venderlo a otra persona, lo cual significa que transmite el derecho de propiedad al comprador. En cambio el derecho de una persona a su nombre o a su honor no puede ser traspasado a otra persona.

C. Por la relación de los derechos entre sí. Los derechos pueden ser principales y accesorios. Los principales pueden subsistir por sí mismos, pero los accesorios dependen de otro derecho para su existencia. Por ejemplo, alguien hipoteca su casa para garantizar un préstamo. La hipoteca es un derecho accesorio de un préstamo.

D. *Por la condición de los sujetos.* Derechos públicos y privados. Los derechos públicos son los poderes que se tienen en vista de la condición de ciudadano, como el derecho al voto. Los derechos privados son los que se tienen como miembro de una familia o como titular de una relación patrimonial.

E. *Por la valoración económica.* Se dividen en patrimoniales y no patrimoniales. Los derechos patrimoniales son susceptibles de valoración económica; y lo contrario, no susceptibles de valoración económica, los no patrimoniales. Por ejemplo, el derecho que tienen los padres sobre la guarda de los hijos, no es susceptible de valoración económica; en cambio, el derecho de propiedad sobre una obra de arte, sí es susceptible de valoración económica.

F. *Por las facultades que confieren.* Es una clasificación más extensa que las anteriores:

Derechos reales: se refieren a la facultad de usar, gozar o disponer, total o parcialmente y con exclusividad de los beneficios de una cosa.

Derechos intelectuales: facultad de usar, gozar o disponer, total o parcialmente y con exclusividad de los productos del intelecto.

Derechos de la personalidad: facultad de usar, gozar o disponer, total o parcialmente y con exclusividad de los atributos de la personalidad.

En los casos anteriores se entiende que la facultad que se tiene se refiere a la posibilidad de utilizar una cosa, a percibir los frutos que ella produce, o a traspasar el derecho sobre algo. Esto es lo que significa usar, gozar o disponer. El propietario de una casa puede habitar en ella, puede alquilarla y cobrar el arrendamiento, o puede venderla. Se dice total o parcialmente porque puede suceder que el titular del derecho traspase alguna o algunas de las facultades que posee y se reserve sólo el resto. El propietario puede desprenderse del uso y el disfrute del inmueble y reservarse sólo la posibilidad de venderlo. El propietario que alquila una casa, se desprende de la facultad de usarla. En esos casos disfruta parcialmente de los beneficios del inmueble. Podría suceder también que se tenga una propiedad compartida con otras personas sobre el bien. En ese caso disfruta parcialmente del derecho de propiedad sobre el inmueble.

Derechos políticos: la facultad que se tiene como miembro de una colectividad, a elegir y ser elegido para cargos públicos; facultad de participación para la realización de un interés general.

Derechos de crédito: consisten en la facultad de exigir a otro sujeto una conducta determinada positiva o negativa, es decir, una conducta que consista en hacer algo o en no hacerlo. Si un acreedor le pide a su deudor que le pague, le pide que haga algo.

Derechos familiares: la facultad o poder que se tiene en virtud de un vínculo familiar, para exigir una determinada conducta. El hijo menor de edad que demanda a su padre por la pensión de alimentos.

Estas clasificaciones descritas pueden cruzarse, de manera que se determine, por ejemplo, que un derecho real es patrimonial y un derecho político no lo es. Resulta importante establecer la vinculación de la

clasificación en derechos absolutos y relativos, en relación con la lista de derechos por las facultades que confieren. De acuerdo a esta conexión se establece que son derechos absolutos: los derechos reales, los intelectuales, los de la personalidad y los políticos; en cambio son derechos relativos los de crédito y los familiares.

5. Deber jurídico

La doctrina tradicional suele dar más importancia al derecho subjetivo que al deber jurídico. Por su parte, Kelsen considera que el derecho subjetivo no siempre está presente en una norma jurídica, mientras que el deber jurídico es indispensable a toda norma jurídica. De allí la importancia del deber jurídico. En este sentido dice Kelsen: "El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de determinar los deberes" (1967: 121).

A. Concepto. El concepto de deber jurídico en Kelsen está estrechamente vinculado a la noción de sanción. Dice el autor: "Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de una acto de coacción llamado sanción" (1967: 121).

Comentando este texto se puede decir que sabemos cuál es la conducta debida, el deber jurídico, cuando la norma vincula la conducta contraria con una sanción. Por ejemplo, si una norma vincula la conducta de matar con una sanción de presidio, a partir de este hecho se comprende que está prohibido matar. El que no respeta la vida de otro es castigado, luego el Derecho quiere que todos los ciudadanos respeten la vida de los demás. Como se verá de este razonamiento, es indispensable que la norma incluya una sanción para poder establecer la existencia del deber jurídico. Sin sanción no hay deber jurídico, por eso Kelsen considera fundamental la coercibilidad de la norma jurídica.

Si se recuerda la doble estructura de las normas de Derecho:

Si es A debe ser B   norma secundaria

Si no es B debe ser C   norma primaria

Puede verse claramente que la conducta "no B" está enlazada con la sanción "C". Luego si por hacer "no B" hay una sanción, lo contrario de "no B" es "B", que es la conducta que el Derecho establece como deber jurídico. Si no hubiera sanción, no podría establecerse el deber jurídico. Por eso la norma primaria es fundamental para Kelsen y dice que en ella está incluida tácitamente la norma secundaria.

B. Autor y responsable. Kelsen agrega otra consideración interesante. Distingue entre el *autor* del acto ilícito y el *responsable* del mismo (1967:121). Hay casos en los cuales no se confunde en una sola persona el autor y el responsable, sino que pueden ser personas distintas. Por ejemplo, un menor de edad rompe una ventana de un vecino. El autor del acto ilícito es el menor, pero el que va a responder por ese acto es el padre del menor.

C. Críticas. El autor Nino trae a colación algunas críticas de Hart, en *El concepto de derecho,* contra la noción de sanción de Kelsen, vinculada a la de deber jurídico. Señala que Hart pone el ejemplo de la amenaza de un asaltante para que el asaltado entregue algún valor. Se podría decir que la víctima actuó obligada, *se vio obligada* a entregar el dinero, por las amenazas del asaltante. Pero no se podría decir que *tenía la obligación* de entregar el dinero. La obligación, entonces, supone algo más que el temor al daño. En el caso del deber jurídico hay también las amenazas si no se observa determinada conducta y esto es lo que define el deber jurídico según Kelsen. Pero Hart observa que no basta el temor al castigo para hablar de deber jurídico; incluso alguien puede no tener temor al castigo y sin embargo tener el deber establecido en la norma. Kelsen podría decir que la previsión en la norma es necesaria y debe aparecer vinculada a la amenaza de una sanción. El caso es que para Hart, lo decisivo es la existencia de ciertas reglas o normas, que permitan enjuiciar la conducta del individuo obligado y para Kelsen, el deber es la conducta contraria a la que está enlazada con una sanción en la norma. (Nino, 1983: 190 a 192).

También Nino reseña otra crítica de Hart, de acuerdo a la cual "por cada orma que estipula sanciones, no puede haber siempre otra que estipule anciones por no aplicar las sanciones de la primera norma, ya que esto nplicaría una secuencia infinita de normas" (Nino, 1983: 193). De tal orma, el juez aplicaría la sanción prevista en una norma a un ciudadano, ero no habría otra norma que sancionara al juez por no aplicar la sanción y

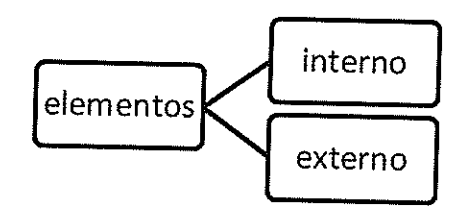
aquí es donde empezaría una cadena infinita de normas. Sin embargo, hay que decir que sí existe sanción para el juez que no administra justicia y para los encargados de sancionar al juez también hay sanciones previstas, por el equilibrio de poderes en el Estado de Derecho. Tal vez la cadena infinita de normas puede romperse con un recurso a la circularidad del sistema jurídico; unas normas llevan a otras y éstas a otras y lo que podría invocarse es un círculo vicioso, que se soslayaría con el equilibrio de poderes.

ESQUEMA DEL DERECHO SUBJETIVO Y EL DEBER JURÍDICO

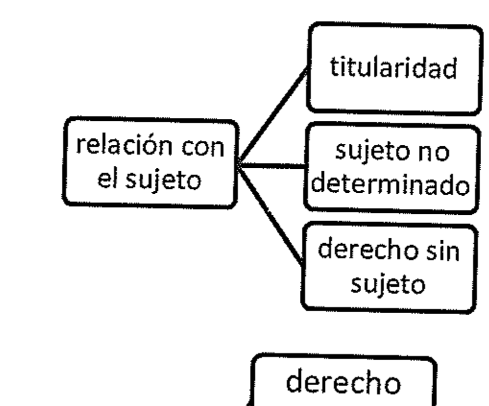
1. Derecho subjetivo

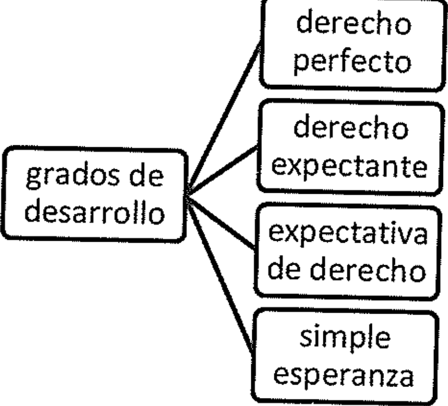
A. Noción

B. Elementos



C. Relación con el sujeto





2. Teorías tradicionales sobre derecho subjetivo

A. Teoría de la voluntad- Críticas

B. Teoría del interés- Críticas

C. Teoría ecléctica- Críticas

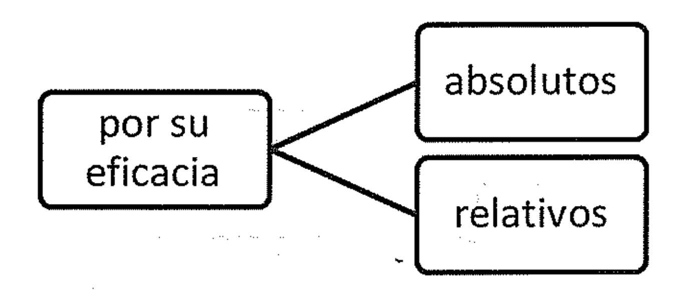
3. Teoría de Kelsen sobre derecho subjetivo

Objeciones a teorías tradicionales

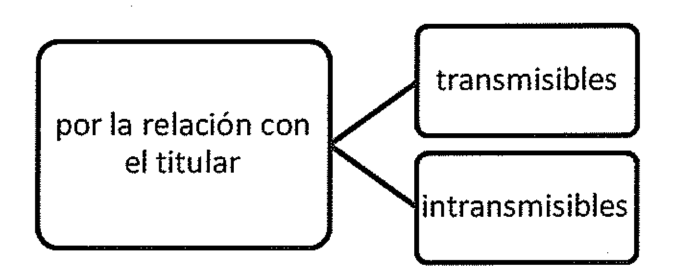
Noción de Kelsen

4. Clasificación de los derechos subjetivos

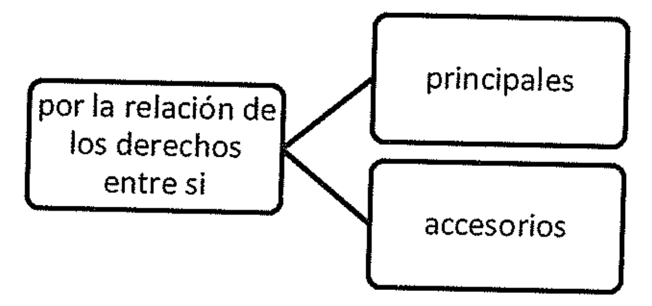
A. Por su eficacia



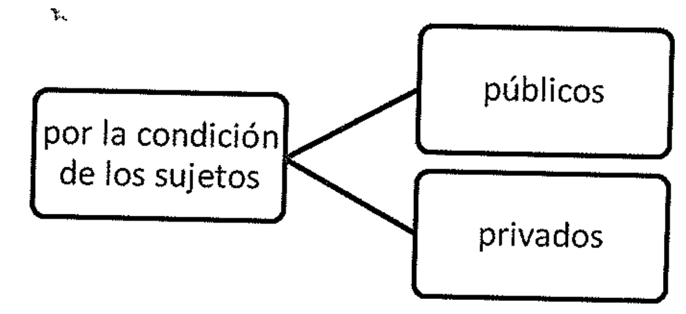
B. Por la relación con el titular



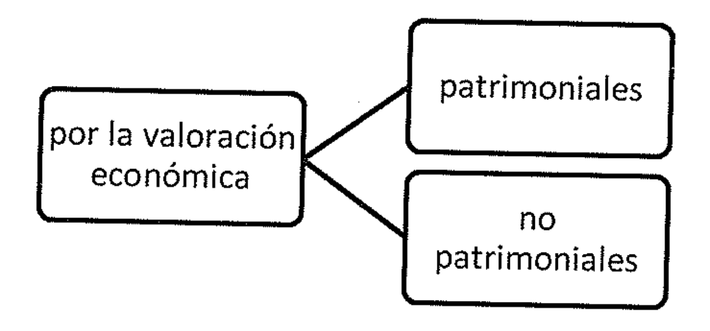
C. Por la relación de los derechos entre sí



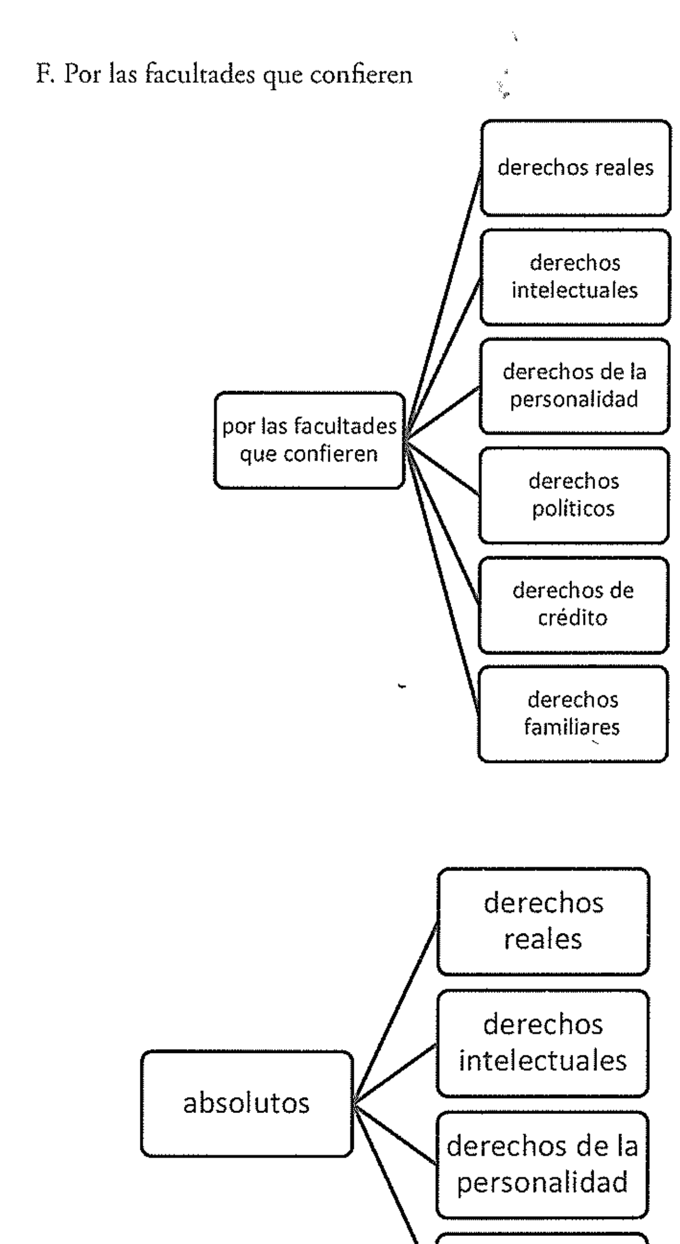
D. Por la condición de los sujetos

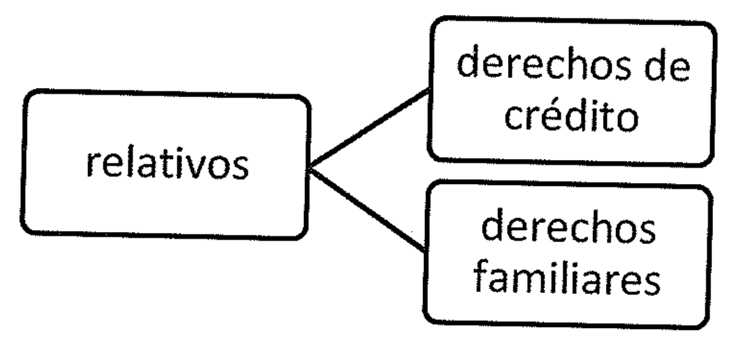


E. Por la valoración económica



F. Por las facultades que confieren





5. Deber jurídico

A. Noción

B. Responsable y autor del acto ilícito

C. Crítica de Hart

CUESTIONARIO

1. ¿La doctrina tradicional y la doctrina de Kelsen coinciden en cuanto a los elementos del derecho subjetivo? Explique
2. ¿Por qué para Kelsen son innecesarios el elemento interno del derecho subjetivo y la primera parte del elemento externo?
3. Compare la noción de derecho subjetivo para las doctrinas tradicionales y para la doctrina de Kelsen y señale si ve diferencias
4. ¿Qué críticas se pueden hacer a la teoría de la voluntad?
5. Si yo presto un dinero a una persona y después no se lo quiero cobrar ¿cómo este hecho desvirtúa la teoría de la voluntad?
6. Kelsen dice que en las teorías tradicionales sobre derecho subjetivo hay una contradicción ¿En qué consiste esa contradicción?
7. Kelsen señala que para la doctrina tradicional el derecho subjetivo es anterior cronológica y lógicamente. Explique esto.
8. ¿Cuándo un individuo está obligado jurídicamente a adoptar una conducta? Es decir, ¿cuándo tiene un deber jurídico?
9. El encabezamiento del artículo 118 del Código Civil dice: "La nulidad del matrimonio contraído sin consentimiento libre, sólo puede demandarse por aquél de los cónyuges cuyo consentimiento no fue libre". ¿Este texto encierra derecho subjetivo según Kelsen? Explique.
10. Un artículo del código Penal dice: "El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona será penado con presidio de doce a dieciocho años". Explique razonadamente si para Kelsen hay derecho subjetivo en esa disposición.
11. El encabezamiento del artículo 442 del Código Penal de 2005 dice: "Quien comunicándose con varias personas, juntas o separadas, hubiere imputado a algún individuo un hecho determinado capaz de exponerlo al desprecio o al odio público, u ofensivo a su honor o reputación, será castigado con prisión de un año a tres años y multa de cien unidades tributarias (100 U.T.) a un mil unidades tributarias (1.000 U.T.)" En relación con ese artículo, el encabezamiento del artículo 449 dice: "Los

delitos previstos en el presente Capítulo no podrán ser enjuiciados sino por acusación de la parte agraviada o de sus representantes legales". Explique razonadamente si para Kelsen hay derecho subjetivo aquí.

12. De acuerdo a Kelsen ¿Una norma jurídica contiene siempre derecho subjetivo?
13. ¿Qué es más importante para Kelsen, el derecho subjetivo o el deber jurídico? ¿Por qué?
14. ¿Siempre el autor del acto ilícito es el responsable del mismo?
15. ¿Puede explicar cuáles derechos, por las facultades que confieren, son absolutos y cuáles relativos? Razone su respuesta.

CAPÍTULO 11

SUJETO DE DERECHO

La noción de sujeto de derecho es otra de las nociones comprendidas en las normas jurídicas. Sin embargo, a veces se entiende desvinculada de las normas, pensando que el sujeto de derecho lo es, simplemente por la condición de ser humano; en tal caso, se hace imposible explicar por qué si los esclavos eran seres humanos, no eran sujetos de derecho, o por qué una persona colectiva, como una compañía anónima, es sujeto de derecho, si no es persona humana. Esto muestra que es necesario examinar a fondo qué es el sujeto de derecho. Algunas teorías, que intentan la explicación, vinculan el asunto con el derecho subjetivo, revisado en el capítulo anterior. Hay que pensar en estas conexiones.

1. Introducción

Es necesario comenzar por precisar algunas nociones básicas. Por *sujeto de derecho* suele entenderse el ente que puede ser titular de deberes y derechos. Esta expresión, en definitiva, equivale a la de *persona jurídica*, aunque en algunas ocasiones se han hecho distinciones. María Candelaria Domínguez encuentra que *persona y sujeto de derecho*, para un sector de la doctrina, son sinónimos. Pero advierte que para otros tratadistas, persona puede ser entendida como una noción más amplia que sujeto, ya que el sujeto sería únicamente el titular del derecho subjetivo. De modo que el sujeto pasivo, aquél a quien se le establece un deber, no sería sujeto sino persona. Finalmente, hace alusión a una distinción más sutil: "Para otros "sujeto de derecho" es quien tiene en el caso particular la titularidad del "derecho" o del "deber" en concreto. Mientras que la persona sería la que potencialmente sería titular de deberes y derechos" (Domínguez, 2011: 46,47) De modo que para esta última opinión, persona es el titular en potencia y sujeto el titular en acto. Si volvemos a la idea inicial, que sujeto

de derecho es el ente que puede ser titular de deberes y derechos, se estaría hablando de un titular en potencia, que en esta opinión sería la persona. Pero si dejamos de lado estas distinciones de la doctrina, parece razonable pensar que, en el uso común, las expresiones persona y sujeto de derecho, se usan como sinónimos.

La doctrina tradicional, cuando habla del sujeto de derecho o de la persona jurídica, está pensando en el *ser humano*. Esta identificación, que realiza de manera casi inadvertida, es causa de problemas definitivos a la hora de tratar de explicar las llamadas personas colectivas, o de comprender cómo el Derecho durante mucho tiempo consagró la esclavitud, que negaba la condición de sujeto de derecho a seres humanos. Ninguna de las dos situaciones puede explicarse a partir de la identificación del sujeto de derecho con el ser humano. Es por esto, entre otras cosas, que Kelsen rechaza enfáticamente esta identificación, porque el esclavo es ser humano y no es persona jurídica y la persona colectiva es sujeto de derecho y no es ser humano.

Es bueno recordar otras nociones que se encuentran vinculadas al sujeto de derecho: la *personalidad* y la *capacidad*. La personalidad es la aptitud para ser titular de deberes y derechos, de modo que es una condición propia del sujeto de derecho. Y la capacidad es la medida de la aptitud para ser titular de deberes y derechos y comprende la capacidad de goce, para tener derechos, y la capacidad de ejercicio, para hacer uso de los derechos.

En resumen de esta Introducción, es bueno resaltar la identificación que hace la doctrina tradicional entre el *sujeto de derecho* y el *ser humano*, por lo cual no se puede explicar por qué no todos los hombres han sido sujetos de derecho y por qué no todos los sujetos de derecho son hombres, y hay que recordar también el rechazo de Kelsen a tal identificación.

2. Clasificación de las personas

La doctrina tradicional hace una distinción muy tajante entre dos tipos de personas: las personas *naturales o individuales*, cuando un solo individuo, que para la teoría tradicional es un ser humano, tiene deberes y derechos; y las personas *jurídicas o colectivas*, que constan de uno o dos elementos: un substrato o sustrato personal y un substrato o sustrato real. El sustrato personal se refiere a un grupo de individuos y el sustrato real, a

medios o recursos económicos. Hay unas personas colectivas privadas, las fundaciones, que sólo tienen sustrato real, no tienen sustrato personal. Las demás personas jurídicas o colectivas privadas tienen los dos sustratos, real y personal.

Después de esta primera distinción entre *personas naturales o individuales* y *personas jurídicas o colectivas*, hay que considerar que las *personas colectivas* se subdividen en *personas públicas*, que tienen un fin colectivo, y *personas privadas*, con un fin privado. La categoría de personas públicas comprende a la Nación, las entidades políticas menores, las Iglesias, las Universidades públicas, etc. Las corporaciones, como es el caso de los Colegios Profesionales, han sido consideradas por la doctrina jurídica moderna como personas públicas, que persiguen un interés colectivo, son creadas por Ley, etc. Sin embargo, el Código Civil venezolano considera a las corporaciones como personas privadas (ordinal 3º, del artículo 19), pero ellas tienen un interés colectivo. Las personas privadas adquieren personalidad jurídica con el cumplimiento de una serie de requisitos legales y se dividen en fundaciones, que como ya se dijo sólo tienen sustrato real y suponen el destino de un patrimonio a un fin benéfico a favor de terceros; y las asociaciones en sentido amplio, que tienen sustrato personal y real. Las asociaciones en sentido amplio, a su vez, se dividen en asociaciones en sentido estricto, que no tienen fines de lucro, y las sociedades, que sí tienen fines de lucro, y pueden ser civiles o mercantiles.

3. Teorías tradicionales sobre personas colectivas

La existencia de estas teorías sobre las personas colectivas se produce por la vinculación a la que se aludió antes, la identificación del *sujeto de derecho* con el *ser humano*. Hecha esta unificación, se plantea un problema en Derecho: ¿cómo explicar que algo (sea Compañía Anónima, Fundación, etc.) que no es hombre, sea sujeto de derecho? Las teorías tradicionales intentan resolver este problema y optan por una de dos respuestas: A) Como las personas colectivas no son seres humanos, entonces esos entes no tienen personalidad jurídica. B) Las personas colectivas sí tienen personalidad jurídica, porque tienen algún parecido con el ser humano. Hay que examinar ambos tipos de teorías.

A. *No tienen personalidad jurídica.* Básicamente hay dos teorías que niegan la personalidad jurídica a las personas colectivas: la teoría de la ficción y la teoría de los derechos sin sujeto.

Teoría de la ficción. Esta teoría realiza sus planteamientos teniendo como premisa la teoría de la voluntad en cuanto al derecho subjetivo. Como los sujetos de derecho son titulares de derechos subjetivos, es preciso apoyarse en lo que es el derecho subjetivo. Si lo esencial para que haya derecho subjetivo es la voluntad del titular, que es un elemento que sólo poseen los seres humanos, una persona colectiva no está dotada de una voluntad humana y no se puede decir que constituya un sujeto de derecho, o que tenga personalidad jurídica. Entonces, de acuerdo a esta teoría, las personas colectivas no pueden existir porque no tienen voluntad y cuando el Derecho habla de las personas colectivas como sujetos de derecho, simplemente está creando una ficción de que existe algo que en realidad no existe. Es una mera ilusión lo que crea el Derecho, cuando afirma la existencia de la persona colectiva.

Las críticas a esta teoría son numerosas. a) La más inmediata dice que no es posible afirmar que no existe algo que el Derecho ha creado. El Derecho habla de las personas colectivas como titulares de deberes y derechos; una Compañía Anónima puede ser propietaria de una serie de bienes. ¿Cómo negar que ellas existan? Sin embargo, la teoría afirma que el Derecho simplemente se imagina que existen esas personas, finge tal cosa, pero que en realidad no existen.

b) Por otra parte, como esta teoría de la ficción toma como punto de partida la teoría de la voluntad sobre el derecho subjetivo, se hace acreedora a todas las críticas que antes se mencionaran para esa teoría. Si la voluntad no es esencial para la existencia del derecho subjetivo, tampoco podrá negarse la personalidad jurídica de las personas colectivas por carecer esos entes de una voluntad humana.

c) Igualmente se ha señalado como crítica a la teoría de la ficción, que las personas colectivas de algún modo tienen una voluntad, formada por las voluntades de los individuos que conforman el sustrato personal. En el caso de las fundaciones esta afirmación no sería posible, pues carecen de sustrato personal, a menos que se haga referencia a las decisiones tomadas

por el Fundador, o por la Directiva de la Fundación. En las asociaciones civiles o mercantiles, se establece en los Estatutos Sociales quién expresa la voluntad de la asociación. En las corporaciones lo hace la Ley. Entonces siempre habría una voluntad de la persona colectiva, por lo cual se critica a la teoría de la ficción que niegue la personalidad jurídica a estas personas por carecer de voluntad.

Teoría de los derechos sin sujeto. Al igual que la teoría de la ficción, esta teoría niega la existencia de las personas colectivas, por lo cual los derechos que poseen los entes colectivos serían derechos que carecen de un sujeto que sea titular de ellos. Los derechos subjetivos, según la teoría, forman parte de un patrimonio, pero este patrimonio carece de titular. De modo que según este razonamiento habría patrimonios de personas y patrimonios impersonales, patrimonios sin titular. Estos últimos tendrían simplemente una finalidad, pero no pertenecerían a un sujeto, ya que no existe la persona colectiva.

También esta teoría ha sido criticada. a) La crítica más importante a esta teoría señala que el Derecho no permite, de manera permanente, la existencia de un derecho o de un patrimonio sin titular. b) Por otra parte, todo patrimonio tiene una finalidad, no sería únicamente el caso del supuesto patrimonio impersonal. c) Y el patrimonio, por lo demás, no es algo fundamental, ya que se afirma que hay sujetos sin patrimonio. d) Por último, se señala que el Estado es una persona jurídica colectiva y no puede decirse que consiste simplemente en un patrimonio sin titular.

B. *Sí tienen personalidad jurídica.* Las teorías que afirman la existencia de las personas colectivas intentan encontrar argumentos para tal aseveración, buscando semejanzas entre las personas colectivas y los seres humanos. En este grupo encontramos la teoría organicista y la teoría del organismo social, que tienen puntos en común, en la medida que encuentran características parecidas en los grupos formados por individuos que integran la persona colectiva, con el ser humano.

Teoría organicista. En esta teoría las semejanzas entre el individuo humano y el ente colectivo son llevadas al extremo de considerar que ambos constituyen organismos vivos. Entre el hombre y la sociedad se establece un cierto paralelismo, que hace que los grupos humanos tengan

un espíritu colectivo, distinto a los espíritus individuales. Sobre la base de esta semejanza, no encuentra dificultad en considerar que tienen realidad empírica tanto la persona individual como la persona colectiva.

Desde luego, parece a todas luces exagerada y criticable la idea de la sociedad como un organismo vivo, con el fin de poder afirmar que los entes colectivos tienen voluntad como el ser humano, tienen existencia material y pueden, por tanto, tener personalidad jurídica.

Teoría del organismo social. Va en la misma línea de la teoría anterior. Afirma que la persona colectiva tiene vínculos orgánicos con sus miembros y forma una unidad. La voluntad de la persona colectiva sería una voluntad general, que no es tan sólo la suma de voluntades individuales. Habiendo una voluntad propia del grupo, hay la semejanza suficiente con el ser humano y puede, por tanto, tener personalidad jurídica. En el caso de las fundaciones, que no tienen sustrato personal, el escollo se salva afirmando que la voluntad del fundador es la voluntad de la fundación y esa voluntad tiene que ser realizada por un grupo de individuos.

También es este caso se llega a afirmaciones extremas no demostradas, como la idea de que existen vínculos orgánicos del grupo con sus miembros. Además, a estas dos teorías se les hace la misma crítica que a la teoría de la voluntad, ya que toma a la teoría de la voluntad como punto de partida.

4. Teoría de Kelsen

A. La crítica de Kelsen a las doctrinas tradicionales es el principio de su razonamiento. En efecto, cree que el error de todas esas doctrinas consiste en identificar al *hombre* con la *persona individual o natural*, a partir de lo cual llegan a negar la existencia de las *personas colectivas*, porque no son como el hombre, o a encontrar semejanzas entre los grupos humanos y el hombre, que permitan aceptar la existencia de los entes colectivos por el hecho de la semejanza con el ser humano, especialmente en materia de voluntad. Kelsen dice que este camino conduce a una visión antropomórfica del sujeto de derecho, que sería producto de la teoría jurídica (1967: 125).

B. Cuando habla de la persona "física" o individual, Kelsen dice que tal persona no es el hombre, ya que el hombre es una noción biológica,

fisiológica y psicológica. El *hombre* es definido por la ciencia de la naturaleza, en tanto que *el sujeto de derecho* es una creación de la teoría del Derecho. Lo único que expresa el concepto de sujeto de derecho es: "la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir, la unidad de una pluralidad de normas que determinan esos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas" (1967: 126).

Dicho de otra manera, se ha afirmado que el sujeto de derecho es el titular de deberes y derechos y resulta que quienes establecen los deberes y derechos son las normas jurídicas, de modo que tales normas, al establecer obligaciones y facultades a un solo individuo, están creando el sujeto de derecho individual, que es el "soporte" de esas normas, aquél a quien las normas se refieren. Por eso dice Kelsen que la noción de sujeto de derecho es creación del Derecho, pues son las normas jurídicas las que establecen los deberes y derechos, gracias a lo cual se puede hablar de sujeto de derecho. Si las normas jurídicas no establecen deberes y derechos para los esclavos, éstos no son sujetos de derecho. Las normas jurídicas establecen deberes y derechos para alguien o para algo, ese alguien o ese algo es el "soporte" de las normas, es decir, el sujeto de derecho.

C. En cuanto a la persona jurídica colectiva, Kelsen la define de manera similar a la persona individual: "La persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos" (1967: 127).

De modo que también las normas jurídicas crean la persona colectiva, estableciendo deberes, derechos y responsabilidades para una pluralidad de individuos. El ente colectivo creado, unifica el conjunto de normas que consagran deberes y derechos.

Kelsen advierte que para la teoría tradicional la persona individual es un hombre, en tanto que la persona colectiva no es un hombre sino alguna otra cosa. Al identificar *hombre y persona*, ve una diferencia esencial entre la persona física y la jurídica y no es capaz de reunir las dos personas en

una noción común. "Para la teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico" (1967: 128).

Agrega Kelsen que ambas *personas* carecen de existencia real o natural. Los *hombres* sí tienen una existencia real, pero los *sujetos de derecho* son conceptos creados por las normas jurídicas. María Candelaria Domínguez coincide con Kelsen en cuanto a las personas colectivas, pero difiere radicalmente cuando se trata de la persona individual. "La ley tiene carácter declarativo respecto a la persona natural y carácter constitutivo respecto de la persona jurídica en sentido estricto" (2011: 50). Es decir, que para Domínguez lo que hace que una persona individual sea sujeto de derecho, no es que la norma le establezca deberes y derechos, sino que es un ser humano, al que la ley se limita a reconocerle su condición de persona. Esto deja sin resolver la pregunta de por qué los esclavos, si eran seres humanos, no eran personas jurídicas; y más aún, por qué las personas colectivas, si no son seres humanos, sin embargo son personas jurídicas. El problema de las personas colectivas no escapa a Domínguez: "No obstante la creación de la personalidad jurídica en sentido estricto como obra del ordenamiento y en consecuencia del propio hombre, la misma se presenta como uno de los fenómenos jurídicos que todavía no ha logrado ser explicado del todo en forma satisfactoria" (2011:53). Para Kelsen estos problemas se resuelven al conceder a la norma jurídica la facultad de crear los conceptos jurídicos, como el de sujeto de derecho, que es creado al establecer a un ente, sea cual sea, deberes y derechos. De paso, esto coincide con la idea inicial de que sujeto de derecho es el ente que puede ser titular de deberes y derechos. Sólo la norma jurídica puede establecer deberes y derechos, de modo que al establecerlos a un ente cualquiera, lo convierte en sujeto de derecho. Si no establece deberes ni concede facultades al esclavo, éste no es persona jurídica. Si lo hace con un grupo de individuos que han cumplido ciertos requisitos, los convierte en una persona jurídica colectiva. Lo cual no significa que el ser humano pierda algo de su dignidad y por otra parte, tampoco impide que resulte lo más justo que el Derecho proteja el desarrollo de la personalidad individual.

ESQUEMA DE SUJETO DE DERECHO

1. Introducción

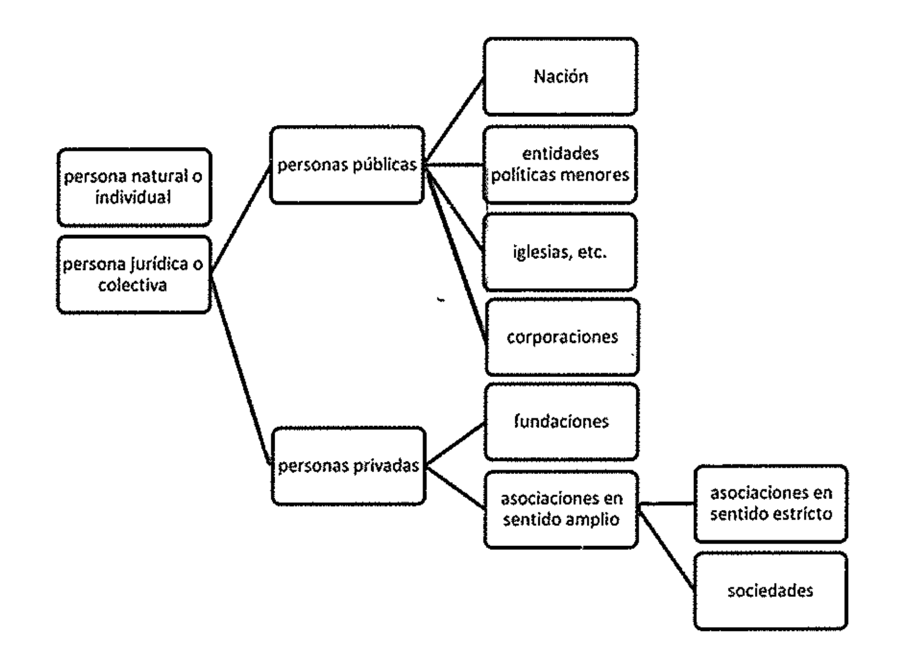
Sujeto de derecho

Sujeto de derecho y persona

Sujeto de derecho y ser humano

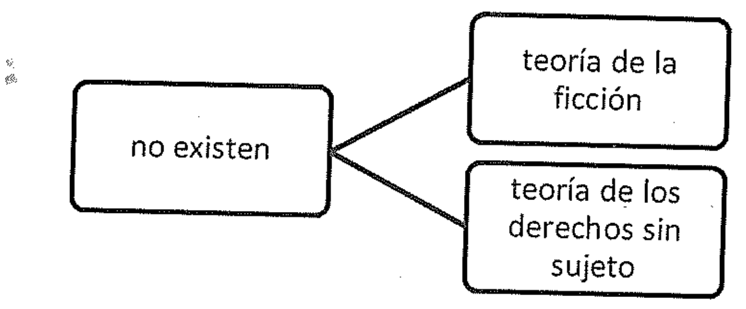
Personalidad y capacidad

2. Clasificación de las personas

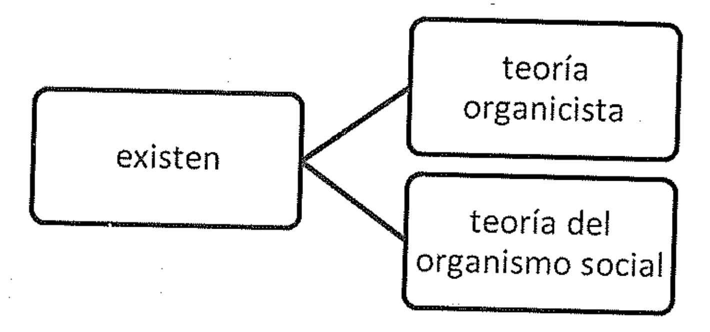


3. Teorías Tradicionales sobre personas colectivas

A.



B.



4. Teoría de Kelsen

A. Crítica de las teorías tradicionales

B. Persona individual

C. Persona colectiva

CUESTIONARIO

1) ¿Cómo caracteriza usted al sujeto de derecho?

2) ¿Cómo distingue la capacidad de goce de la capacidad de ejercicio?

3) ¿Cómo diferencia las personas públicas y las privadas?

4) ¿Cuáles personas tienen sólo sustrato real?

5) ¿Cuáles tienen sustrato real y sustrato personal?

6) El artículo 1.649 del Código Civil dice:

   El contrato de sociedad es aquél por el cual dos o más personas convienen en contribuir, cada uno con la propiedad o el uso de las cosas, o con su propia industria, a la realización de un fin económico común.

   ¿A qué tipo de persona se refiere este artículo y cómo se diferencia de otros tipos?

7) ¿Qué intentan explicar las teorías tradicionales sobre personas colectivas? ¿Por qué no hay teorías tradicionales sobre las personas individuales?

8) ¿Qué se critica a la teoría de la ficción?

9) ¿Qué relación tiene la teoría de la ficción con la teoría de la voluntad sobre derecho subjetivo?

10) ¿Qué tienen en común la teoría organicista y la teoría del organismo social?

11) En una sentencia de Casación del 30.5.40 se dice lo siguiente:

    "Si bien las sociedades constituyen personas jurídicas distintas de las de los socios, como ellas no son personas físicas sino concepciones del Derecho, deben estar representadas por aquellos a quienes el contrato, los estatutos o la ley autoricen".

    ¿Qué teoría está a la base de esta sentencia?

12) ¿Cómo entiende Kelsen la persona individual y la colectiva?

CAPÍTULO 12

OBJETO DE DERECHO

Este capítulo se refiere al objeto sobre el cual recae el derecho subjetivo, es decir, las cosas, los bienes y sus clasificaciones, que son relevantes para el conocimiento del Derecho. Será preciso advertir que el objeto de derecho del cual se habla aquí, no es el objeto en el sentido de la finalidad de lo jurídico, sino algo más preciso, vinculado con el derecho subjetivo. Circunscritos al objeto del derecho subjetivo, se tratará de establecer cuál es su noción, cómo se clasifican los bienes según diferentes criterios, qué es el patrimonio y de cuántas clases de patrimonio se puede hablar.

1. Introducción

A. A qué no se refiere. Cuando se habla del objeto de derecho, hay que aclarar que se trata del objeto de un derecho subjetivo y no del objeto o finalidad de todo el Derecho; es decir, no se está hablando del fin que persigue el ordenamiento jurídico, sino más bien se está haciendo referencia al derecho subjetivo y sobre qué recae.

B. Noción. En cuanto a la noción del objeto de derecho subjetivo, se puede decir, con Messineo, que es aquello sobre lo cual se exterioriza el diverso poder del sujeto (1954, Tomo II: 258). La materia sobre la cual se manifiesta ese poder abarca cosas, en primer lugar; luego, aparentemente, la persona ajena y, por último, la persona propia. En realidad cuando se considera a la persona ajena como objeto de derecho, sucede que se está haciendo referencia a los actos de esa persona. Se dice, por ejemplo, que un equipo de base ball o de foot ball "compró" a un destacado jugador, o un canal de televisión "compró" a un conocido artista. Lo que se quiere decir es que contrató su actividad profesional con exclusividad. En cuanto a la persona propia como objeto de derecho, alude a los aspectos de la

personalidad. Digamos, cuando se afirma que toda persona tiene derecho al honor, se supone que el derecho recae sobre la propia persona, entendiendo por tal, aspectos de la personalidad.

C. Las cosas y los bienes. Al hablar de las cosas, cabe preguntarse qué relación existe entre las cosas y los bienes, si se trata de términos equivalentes, o si uno de ellos es más amplio que el otro. Puede pensarse que la expresión cosa es más amplia que la expresión bien, porque además de los bienes las cosas pueden abarcar, por ejemplo, las estrellas, que no son bienes. Pero de igual manera podría pensarse que la expresión bien comprende las cosas y adicionalmente las actividades humanas, que no son cosas.

Se entiende por *cosa* toda porción del mundo exterior y por *bien,* las cosas que reúnen ciertos caracteres: la cosa debe ser útil, servir para satisfacer necesidades; debe ser apropiable tanto real como jurídicamente (una porción de una sustancia estupefaciente es apropiable realmente, pero no lo es jurídicamente). Por último, la cosa debe tener valor económico, de uso o de cambio. Aún con estas precisiones persiste la duda sobre la amplitud de los términos cosas y bienes, porque hay cosas que no son bienes y hay bienes que no son cosas. En realidad ninguno de los dos términos abarca completamente al otro, porque ninguna de las dos categorías se distribuye completamente en la otra. En las legislaciones no suele haber mucha preocupación por precisar estas distinciones. En el Código Civil venezolano el Libro Segundo se titula: "De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones". Luego viene el Título I, que se denomina: "De los bienes". Y a continuación aparece el artículo 525, que dice: "Las cosas que pueden ser objeto de propiedad pública o privada son bienes muebles o inmuebles". De modo que pareciera que se los usa como sinónimos, o tal vez que se piensa que sólo algunas cosas se convierten en bienes.

2. Clasificación de los bienes

A. Bienes muebles o inmuebles. Esta es la más importante distinción de los bienes. La razón de esta preferencia es histórica, porque antiguamente la principal riqueza era la tierra y por esto se daba mayor protección a lo que tenía que ver con la tierra, creando el registro de los bienes inmuebles. Hoy esto no tiene mayor sentido, porque hay enormes fortunas que no están constituidas por propiedades inmuebles.

Dice Messineo que se llama inmueble al bien que no puede transportarse de un lugar a otro sin que sufra en su integridad material y bien mueble el que puede transportarse, sin sufrir daño, de un lugar a otro. Dentro de los muebles los hay semovientes, que se mueven por su propia fuerza, y los inanimados que requieren de una fuerza exterior (1954, Tomo 2: 268,270).

El Código Civil venezolano (artículo 526) dice que los *inmuebles* lo son por su naturaleza, por su destinación o por el objeto a que se refieren. Señala como *inmuebles por su naturaleza*, entre otros, los terrenos, las minas, los edificios, los árboles, los hatos, rebaños, piaras y cualquier otro conjunto de animales, mansos o bravíos, mientras no sean separados de sus pastos o criaderos, etc. Dentro de esta categoría de inmuebles por naturaleza hay algunos que están adheridos a la tierra, como los edificios, los árboles, pero también hay otros que podría pensarse que son muebles, como es el caso de los animales de cría, pero que el Código Civil considera inmuebles y por su naturaleza.

Inmuebles por su destinación son las cosas que el propietario del suelo ha puesto en él para su uso, cultivo y beneficio, como los animales destinados a la labranza, los instrumentos rurales, las simientes, etc. Y también los objetos muebles que el propietario ha destinado a un terreno o edificio para que permanezcan en él constantemente.

Inmuebles por el objeto a que se refieren son los derechos que se tienen sobre inmuebles, como los derechos del propietario, los de usufructo o habitación, y las acciones que tiendan a reivindicar inmuebles o a reclamar derechos que se refieran a los mismos.

Luego el Código Civil venezolano (artículo 531) habla de los bienes *muebles* por su naturaleza y por el objeto a que se refieren o por determinarlo así la ley. Los *muebles por su naturaleza* pueden cambiar de lugar por sí mismos o por una fuerza exterior (artículo 532).

Los *muebles por el objeto a que se refieren o por determinarlo así la ley* son los derechos, obligaciones y acciones que tienen por objeto cosas muebles y las acciones o cuotas de participación en las sociedades civiles y de comercio.

B. *Fungibles y no fungibles* Son *fungibles* aquellos que son reemplazables por otros, económica y jurídicamente. Frecuentemente pertenecen a un género, pero

no se identifican con las cosas de género. Los seres humanos pertenecen a un género (conjunto de individuos que tienen caracteres comunes), pero no son fungibles. Y hay bienes fungibles como los servicios profesionales, que sin embargo no pertenecen a un género. Los *no fungibles* son los que deben entregarse en el original que han acordado las partes.

Hay bienes que son por naturaleza fungibles, pero que pueden convertirse en no fungibles por convención. Por ejemplo, unas monedas son en principio bienes fungibles, pero por razones personales, por alguna especial significación, como las monedas de una colección, pueden considerarse no fungibles mediante un acuerdo.

C. *Consumibles y no consumibles.* Son *consumibles* las cosas que se destruyen con el primer uso natural que se hace de ellas. Las *no consumibles* pueden ser utilizadas sucesivamente sin que se destruyan. En todo caso, los bienes se deterioran con el uso, pero si aceptan varios usos, no son consumibles. Los alimentos son en principio consumibles, pero también por convención pueden convertirse en no consumibles, como por ejemplo una torta que se preste únicamente a los fines de una exposición, se la convierte en no consumible.

No coinciden necesariamente las cosas consumibles y las fungibles. Por ejemplo, una máquina lavadora es fungible pero no es consumible. Una escultura hecha en hielo es consumible pero no fungible.

D. Divisibles e indivisibles. Son *divisibles* las que pueden reducirse a partes, que reproducen el todo, sin que se pierda la utilidad económica. Por ejemplo, un gran terreno puede dividirse en parcelas. Cada parcela reproduce el todo y no se pierde la utilidad económica. Con las *indivisibles* sucede lo contrario, si se reducen a partes se pierde el valor económico. Por ejemplo, un caballo de carreras. Si se divide pierde la vida, y por tanto su valor económico.

Cuando una cosa es indivisible se puede sustituir la indivisibilidad a través del precio, que sí puede ser dividido. También, como en otros casos, una cosa divisible se puede convertir en indivisible, bien por ley, o bien por convención. Se puede por ejemplo donar un terreno a condición de que no sea dividido.

E. Simples y compuestas. En el caso de las *simples* las partes que las integran están fusionadas y no pueden separarse sin destruir el objeto. El agua está compuesta de

dos partículas de hidrógeno y una de oxígeno. Si se separan los componentes, ya no se tratará de agua. En la práctica, las cosas simples equivalen a las indivisibles.

Las cosas *compuestas* están formadas de partes que se pueden distinguir y a veces se pueden separar, sin destruir el objeto. Por ejemplo un automóvil, en el cual es posible distinguir la batería o el distribuidor; incluso se pueden retirar estas piezas y sustituirlas, sin destruir el vehículo. Hay que observar que las partes están unidas entre sí materialmente y forman un objeto unitario.

F. Universalidades. Se trata de una pluralidad de objetos unidos por un nexo teleológico o de finalidad; los objetos no están fusionados ni unidos materialmente. El nexo es más bien un modo de considerar un conjunto de cosas.

Hay dos tipos de universalidades: *universalidades de hecho* y *universalidades de derecho*. En la *universalidad de hecho* el conjunto de cosas tiene una misma finalidad, establecida por el propietario. Por ejemplo, una persona que esté formando una biblioteca. Se trata de un conjunto de libros a los que el propietario considera como su biblioteca Si éste adquiere nuevos libros, los destina a incrementarla. Los libros no están fusionados, ni unidos materialmente, sino que son considerados como la biblioteca del propietario.

Las *universalidades de derecho* aluden a un conjunto de relaciones jurídicas con un nexo establecido por la ley, que las somete a un mismo régimen jurídico, por ejemplo, una herencia.

G. *Bienes públicos y privados.* De acuerdo a las personas a las cuales pertenecen, los bienes pueden ser públicos o privados. Los *públicos* pertenecen al Estado, a las organizaciones políticas menores, como un municipio, establecimientos públicos, etc. Los bienes *privados* son los que pertenecen a los particulares (Artículo 538 del Código Civil venezolano).

A su vez, los bienes públicos pueden ser del *dominio público* o del *dominio privado* (artículo 539 del Código Civil). Los del *dominio público* tienen fines de interés público, son usados no sólo por el Estado, sino por los ciudadanos en general. Los caminos, las plazas, etc., son bienes del dominio público. Estos bienes del dominio público pueden ser de *uso público* o de *uso privado*, según que estén destinadas al uso directo del público, como el caso citado de las plazas, o que por el contrario estén sustraídas al uso del público y destinados para el uso particular de una dependencia, como un cuartel (artículo 540 del Código Civil).

Son bienes públicos del *dominio privado* los bienes que pertenecen al Estado pero a título de propiedad privada. Es decir, que la Nación ejerce la titularidad como si fuera un particular. Por ejemplo, si el Estado es propietario de una cantidad de acciones de una empresa que es propietaria de un hotel.

Los bienes del dominio público son inalienables (artículo 543 del Código Civil), por tanto son inexpropiables, no se pueden adquirir por usucapión, no son comerciables. En cambio cuando la Nación posee bienes del dominio privado, puede enajenarlos de acuerdo a las leyes correspondientes. De modo que una plaza, que es del dominio público, no puede ser vendida a un particular, ni puede un particular instalarse en ella y decir después de unos años que la ha adquirido por usucapión. En cambio las acciones que posea la Nación en un hotel, o la casa que posea un municipio a título particular, es decir, del dominio privado, pueden ser enajenadas.

3. Patrimonio

A. Origen. La palabra *patrimonio* se refirió originalmente a los bienes que una persona recibía del padre. Después se extendió a los bienes de cualquier origen, pero siempre para referirse al activo que alguien poseía. Luego se amplió más la expresión, para comprender el pasivo y el activo.

B. *Noción.* Se entiende por *patrimonio* el conjunto de relaciones jurídicas, deberes y derechos, vale decir, activo y pasivo, susceptible de valoración económica (a diferencia de la personalidad jurídica que no es valorable económicamente) y que están vinculadas entre sí por la referencia al titular.

Se usa la expresión patrimonio en sentido impropio al hablar de patrimonio histórico, moral, etc., como cuando se dice que la Universidad Central de Venezuela ha sido declarada patrimonio cultural de la humanidad.

Cabría preguntarse si el *patrimonio* es una *universalidad de derecho*, ya que se trata de un conjunto de relaciones jurídicas, pero se diferencian porque en el caso del patrimonio no hay un solo tratamiento jurídico. Las relaciones jurídicas pueden estar sometidas a diferentes regímenes jurídicos, cosa que no ocurre en la universalidad de derecho. En un patrimonio puede haber un bien hipotecado, que está reservado para un acreedor privilegiado, sometido a un régimen jurídico especial, y el resto del patrimonio, que responde a otro principio jurídico, que se verá

a continuación. En cambio una herencia puede ser considerada una universalidad de derecho, ya que está sometida a un mismo régimen jurídico.

Existe con relación al patrimonio el *principio de la responsabilidad patrimonial*, que se refiere al hecho de que el patrimonio responde por las deudas de su titular, es decir, es la prenda común de los acreedores quirografarios. Si el titular del patrimonio no paga sus deudas, todos los acreedores que no están respaldados por una garantía (como sí sería el caso del acreedor hipotecario, por ejemplo), concurren en igualdad de condiciones a cobrarse del patrimonio del deudor. Este principio está consagrado en el Código Civil venezolano (artículo 1.864) y tiene sus excepciones, como sería el caso de la hipoteca (artículo 1.877 del Código Civil), de la institución de hogar (artículo 632 del Código Civil), etc.

C. Clases de patrimonio. Básicamente existen cuatro clases de patrimonio: personal, colectivo, separado y bajo administración. El patrimonio *personal* es el que tiene un solo titular, sea una persona individual o colectiva. El patrimonio *colectivo* es aquel del cual son titulares varias personas. Por ejemplo, un inmueble que es heredado por tres hermanos. El patrimonio *separado* es aquel constituido por ciertos bienes con destino exclusivo (como sería el caso del hogar), o que está reservado para determinados acreedores privilegiados, como el bien hipotecado. En este caso esos bienes tienen un régimen jurídico especial, diferente del resto del patrimonio que está sometido al principio de responsabilidad patrimonial. El patrimonio *bajo administración* es aquel que se somete a un régimen jurídico de administración, por existir circunstancias especiales con relación al titular. Es el caso del legado dejado a un *concepturus* (artículos 840 y 925 del Código Civil), la herencia yacente (artículo 1.060), o el patrimonio del ausente (artículo 419 y siguientes).

ESQUEMA DEL OBJETO DE DERECHO

1. Introducción

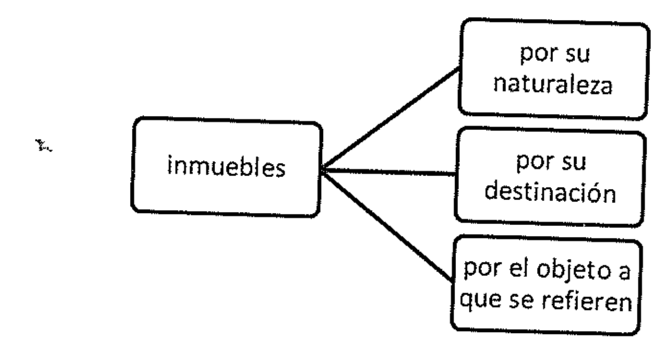
A. A qué no se refiere

B. Noción

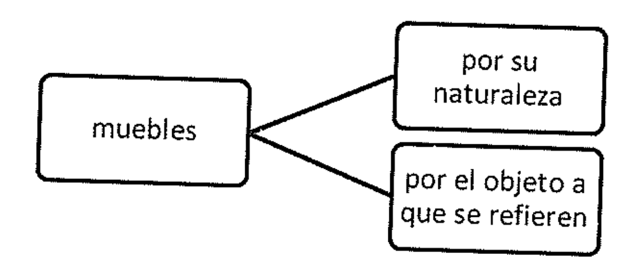
C. Las cosas y los bienes

2. Clasificación de los bienes

A.



B.



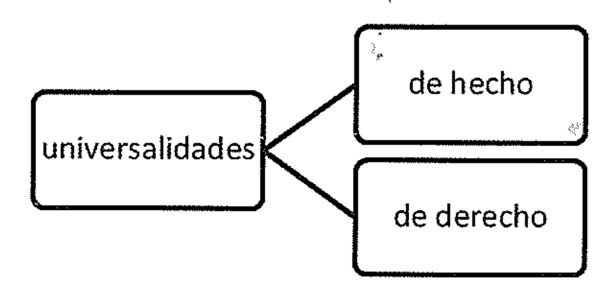
B. Fungibles y no fungibles

C. Consumibles y no consumibles

D. Divisibles e indivisibles

E. Simples y compuestos

F.



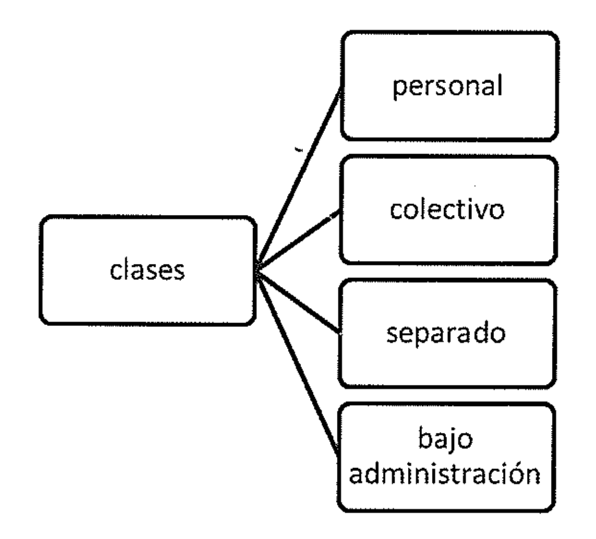
G. Públicos y Privados

3. Patrimonio

A. Origen

B. Noción. Responsabilidad patrimonial

C. Clases



CUESTIONARIO

1. ¿Qué es el objeto de derecho?
2. Entre las cosas y los bienes ¿Hay una noción más amplia que la otra? ¿Por qué?
3. ¿Qué diferencia encuentra entre las nociones de bienes inmuebles y muebles?
4. ¿Qué tipo de bien son las reses que se tienen en una finca para su engorde?
5. Califique de mueble o inmueble un tractor destinado a una finca.
6. ¿Qué tipo de bien es el derecho de propiedad sobre una casa?
7. ¿Un pantalón *blue jean* le parece fungible? Razones su respuesta.
8. ¿Los bienes fungibles y consumibles pueden transformarse, respectivamente, en infungibles e inconsumibles?
9. ¿Todos los bienes fungibles son consumibles?
10. ¿De qué modo se puede dividir un bien indivisible?
11. ¿Cómo están unidas las partes en las cosas simples, en las complejas y en las universalidades?
12. ¿Una carretera puede ser vendida? Explique.
13. ¿Qué es el patrimonio?
14. ¿El patrimonio es una universalidad de derecho?
15. ¿Qué es la responsabilidad patrimonial?
16. ¿Cómo diferencia el patrimonio de una persona colectiva de un patrimonio colectivo?
17. ¿Cómo distingue el patrimonio separado del patrimonio bajo administración?

CAPÍTULO 13

HECHO Y ACTO JURÍDICO

En la serie de conceptos que encierran las normas jurídicas, restan por examinar tres nociones bien importantes para el Derecho: la noción de hecho jurídico, la de acto jurídico y la de negocio jurídico, que serán objeto de este capítulo. Es preciso establecer la relación que hay entre los tres términos y las clasificaciones correspondientes de ellos.

1. Noción de hecho jurídico

A. *Hecho y hecho jurídico.* Para hablar del hecho jurídico lo lógico es comenzar por los simples hechos y luego determinar cuándo ellos son jurídicos. Se entiende por *hecho* cualquier acontecimiento de la realidad, es decir, algo que sucede en la experiencia. El *hecho jurídico* es aquel acontecimiento que está regulado por el Derecho, al cual una norma atribuye consecuencias jurídicas, lo cual significa que se establecen para él deberes y derechos. Por tanto, para que pueda hablarse de hecho jurídico es necesario que el hecho esté previsto en el supuesto de hecho de una norma, ya que es la norma la que puede vincular una situación con deberes y derechos.

Hay que observar que la noción de *supuesto de hecho* de la norma es más amplia que la noción de *hecho jurídico.* El hecho jurídico está incluido en el supuesto de hecho de una norma, pero adicionalmente puede haber en el supuesto otros elementos, además del hecho. Véase un ejemplo. El acto de que una persona prive de la vida a otra, es un acontecimiento que está previsto en el supuesto de hecho de una norma, pero además del hecho, ese supuesto puede exigir otros requisitos, como que el acto haya sido realizado voluntariamente, que quien lo realiza tenga capacidad delictual, etc. En

este sentido, Castán Tobeñas considera que el hecho jurídico es el elemento principal del supuesto de hecho (1955, Tomo I).

A su vez, parece oportuno recordar que una norma jurídica puede dar lugar, mediante su aplicación, al nacimiento de otra norma jurídica. Así, cuando el Código Civil permite a los particulares celebrar contratos y dice que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes (artículo 1.159), el hecho jurídico del contrato previsto en ese artículo puede dar lugar a la aparición de una nueva norma, que es el negocio jurídico que se realiza por aplicación del Código. En el caso de este artículo del Código Civil se trata de una norma que origina otra norma, el negocio que se realiza. Esto es importante recordarlo, porque luego se verá la relación entre Hecho, Acto y Negocio Jurídico, de acuerdo a la cual el concepto de hecho es más amplio que el de negocio, de modo que el negocio jurídico es un tipo de hecho, por lo cual tiene que estar comprendido en un supuesto de hecho; pero al mismo tiempo el negocio jurídico es una norma jurídica, con supuesto de hecho y consecuencia jurídica. Antes se dijo que el hecho es parte del supuesto de hecho de una norma, pero esa norma, por ejemplo legal, puede dar lugar a otra norma, como es el caso del negocio jurídico. De modo que cada norma tiene su supuesto de hecho, que incluye un hecho jurídico y que puede dar lugar a otra norma, con supuesto y consecuencia correspondientes. Así se resuelve el aparente absurdo de que la noción de *hecho* sea más amplia y al mismo tiempo menos amplia que la noción de norma jurídica. Se habla del *hecho* en sentidos diferentes.

B. Doctrina tradicional y doctrina de Kelsen. Igual que en el caso del derecho subjetivo o del sujeto de derecho, la doctrina tradicional tiene un enfoque del hecho jurídico muy diferente al de Kelsen. La doctrina tradicional requiere para la noción de hecho jurídico de un elemento empírico y un elemento normativo. Es necesario que se produzca un acontecimiento en la realidad y que una norma contemple ese acontecimiento, atribuyéndole consecuencias jurídicas. Para Kelsen, en cambio, resulta contradictorio mezclar los elementos empíricos y normativos. El Derecho para él es pura norma. Si un acontecimiento está previsto en una norma jurídica, ya es hecho jurídico, independientemente de que se produzca o no en la realidad.

C. Situaciones de hecho y de Derecho. Esta diversidad de orientaciones en torno al hecho jurídico, en alguna medida se enlaza con la oposición que se

hace a veces en la doctrina jurídica entre hecho y Derecho. César Ramos, por ejemplo, en un trabajo de recepción de los hechos en el Derecho de Familia, habla de *situaciones de hecho* como opuestas al *Derecho*, en el caso del concubinato, la separación de hecho de los cónyuges, la posesión de estado, etc. [1] Con relación a las situaciones de hecho, dice Ramos que falta un elemento esencial para su existencia jurídica. Cuando se dice que el hecho no tiene existencia jurídica se quiere indicar que no hay regulación jurídica al respecto, lo cual implicaría que no produce consecuencias jurídicas, ya que para que un acontecimiento produzca tales consecuencias es necesario que esté previsto en una norma. Pero resulta que en el Derecho venezolano el concubinato y las otras situaciones comentadas sí producen consecuencias jurídicas, lo cual significa que sí están previstas en las normas y sí tienen efectos jurídicos. Por tanto, estas pretendidas *situaciones de hecho* son realmente *situaciones jurídicas.*

2. Clasificación de los hechos y de los actos jurídicos

Tal como lo considera Castán Tobeñas, hay varias clasificaciones de los hechos jurídicos. La primera que menciona el autor los divide por su contenido en *positivos y negativos*, citando como ejemplo de hecho jurídico positivo la disposición testamentaria, en tanto que los hechos negativos consisten en omisiones o abstenciones, como la falta de pago de una obligación.

También pueden clasificarse en *simples y complejos*, según que consten de un solo o de varios elementos. El nacimiento es un hecho simple y la prescripción es un hecho complejo.

Por razón del agente que lo realiza se clasifican en *naturales y humanos*, según que sean hechos involuntarios producidos por la naturaleza o hechos realizados por el hombre voluntariamente. Para Castán lo que se denomina hechos humanos supone que sean siempre voluntarios, pero cabría plantearse dos tipos de hechos realizados por el hombre, los que se realizan de manera involuntaria, como el nacimiento, que no se diferenciarían de los hechos naturales, y hechos voluntarios, realizados por el hombres con

1 Tosta, María Luisa, 2003, *El Derecho como Prudencia,* Vadell Hermanos, Editores, Caracas, pp. 295 a 300.

conocimiento y voluntad. En todo caso, estos últimos constituyen los actos jurídicos. De modo que el *acto jurídico* es un *hecho* realizado por el hombre, de manera conciente y voluntaria, que produce consecuencias jurídicas. Castán añade que este acto voluntario debe ser exteriorizado, lo cual resulta razonable para que se conozca la voluntad.

Los actos jurídicos a su vez se dividen en *lícitos* e *ilícitos*, según sean conformes o contrarios a la conducta que el Derecho establece como debida. Los ilícitos pueden ser *ilícitos civiles* o *ilícitos penales*, de acuerdo a que contraríen una disposición civil o penal.

Los actos jurídicos lícitos pueden consistir en un *negocio jurídico*, en un *acto semejante al negocio jurídico*, en un *acto real*, etc. El *negocio jurídico* es una declaración de voluntad, de uno o más particulares o de particulares y el Estado, encaminada a producir efectos jurídicos y que puede determinar el contenido de los efectos jurídicos, dentro de los límites que el ordenamiento establece. Sería el caso de dos particulares que se ponen de acuerdo para realizar una compra venta y que regulan los deberes y derechos de cada uno de ellos en el contrato que realizan.

De modo que en el negocio jurídico la declaración de voluntad no sólo quiere los efectos jurídicos, sino que existe la posibilidad de que esa declaración de voluntad determine el contenido de los efectos jurídicos, o sea, de los deberes y derechos que se derivan del negocio. Si la declaración de voluntad de quienes realicen el negocio jurídico no determina total o parcialmente el contenido de los efectos jurídicos, existen disposiciones supletorias en el Derecho que llenarán la falta de determinación de los efectos jurídicos por parte de la voluntad de quienes hacen el negocio.

Como puede establecerse a partir de lo dicho, hay relación entre las nociones de *hecho jurídico, acto jurídico* y *negocio jurídico*. El hecho jurídico es la noción más amplia, que comprende a los actos jurídicos y los actos jurídicos abarcan a los negocios jurídicos.

El acto *semejante al negocio jurídico* consiste en una declaración de voluntad de un particular, que está encaminada a producir efectos jurídicos que son determinados por el ordenamiento jurídico. La diferencia entre el negocio jurídico y el acto semejante al negocio jurídico radica en la

determinación de los efectos jurídicos: en el *negocio jurídico* los efectos pueden ser determinados por la declaración de voluntad, en tanto que en el *acto semejante al negocio jurídico* la declaración de voluntad es necesaria para la producción de los efectos jurídicos, pero el contenido de los efectos es siempre determinado por la ley. Un ejemplo de acto semejante al negocio jurídico es el reconocimiento del hijo nacido fuera del matrimonio, o la adopción. El matrimonio, según algunos autores y según el Derecho Canónico, ha sido considerado negocio jurídico, pero lo único que puede ser negocio son las capitulaciones matrimoniales, que deben registrarse antes del matrimonio. El matrimonio requiere de la declaración de voluntad de los contrayentes para que produzca efectos, pero el contenido de esos efectos está determinado por el Derecho Civil y no son modificables por los contrayentes. Lo mismo sucede con la adopción, o el reconocimiento del hijo nacido fuera del matrimonio. Por tanto, el matrimonio y los otros casos citados son actos semejantes al negocio jurídico.

Los *actos reales* son actos jurídicos lícitos que consisten en la realización de un hecho cuyos efectos directos no son jurídicos, pero de los cuales se derivan consecuencias jurídicas. Por ejemplo, si una persona cava la tierra con el propósito de sembrar un árbol y de pronto se encuentra con un tesoro enterrado, se plantearían consecuencias jurídicas sobre la propiedad del tesoro, etc. Las consecuencias jurídicas no derivan directamente de lo que se proponía la voluntad, pero indirectamente se derivan consecuencias que tienen que ver con el Derecho.

ESQUEMA DE HECHO Y ACTO JURÍDICO

1. Noción de hecho jurídico

A. Hecho y hecho jurídico

B. Doctrina tradicional y doctrina de Kelsen

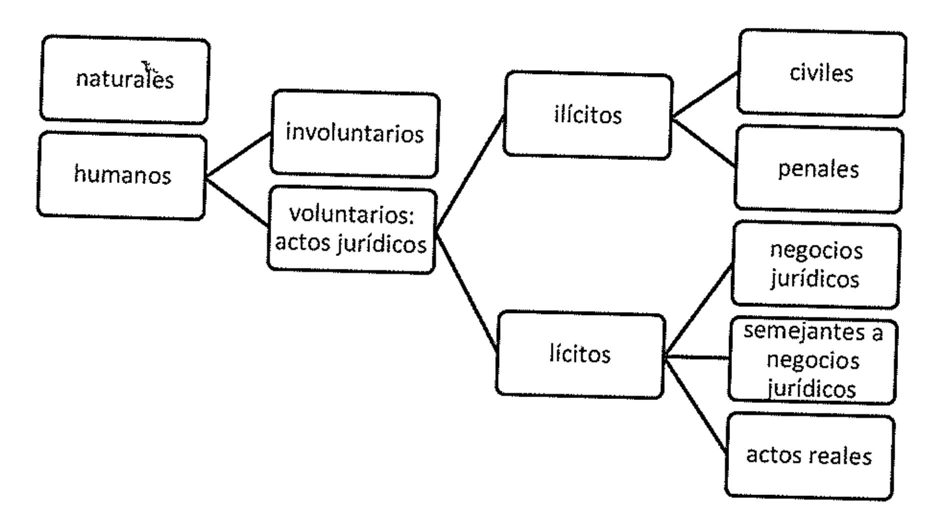
C. Situaciones de hecho y de Derecho

2. Clasificación de los hechos jurídicos

A. Positivos y negativos

B. Simples y complejos

C. Naturales y humanos



CUESTIONARIO

1) ¿Qué caracteriza al hecho jurídico?

2) ¿Qué relación ve entre el hecho jurídico y el supuesto de hecho de una norma?

3) ¿Qué diferencia encuentra entre la doctrina tradicional y la posición de Kelsen sobre el hecho jurídico?

4) ¿Las situaciones de hecho son de Derecho? Razone su respuesta

5) ¿Cómo clasificaría usted a la prescripción como hecho jurídico?

6) El artículo 564 del Código Civil dice:

   "Si un río arranca por fuerza súbita parte considerable y conocida de un fundo ribereño, y la arroja hacia un fundo inferior, o sobre la ribera opuesta, el propietario de la parte desprendida puede reclamar la propiedad dentro de un año. Pasado este término no se admitirá la demanda, a menos que el propietario del fundo al cual se haya adherido la parte desprendida no hubiere tomado posesión aún de ella".

   El hecho al cual hace referencia este artículo ¿cómo lo clasificaría usted?

7) ¿Qué relación ve usted entre el hecho jurídico, el acto jurídico y el negocio jurídico?

8) ¿Cómo diferencia usted un negocio jurídico de un acto semejante al negocio jurídico?

9) ¿Le parece que el matrimonio es un negocio jurídico?

10) ¿En qué consisten los actos reales?

CAPÍTULO 14

FUENTES DEL DERECHO

Lo primero que debe abordarse en la consideración de las fuentes del Derecho es la noción de "fuente", que es una palabra que tiene muchas acepciones. Dentro de ese conjunto de acepciones hay que ver cuáles son las que interesan a la Teoría General del Derecho, cuáles son las clases de fuentes que hay y a qué se refieren. Y aclarar por qué se excluyen algunas pretendidas fuentes del Derecho, que no se refieren a la acepción escogida.

1. Introducción

A. Acepciones de las fuentes del Derecho. La palabra *fuente* en su sentido originario significa el lugar de donde brota el agua. Desde luego, en el mundo jurídico se usa la expresión en sentido figurado, para preguntar por el origen del Derecho. Pero el origen del Derecho se puede entender de muchas maneras. La primera respuesta que suele darse es la de que la vida social es la fuente o el origen de donde brota el Derecho. También la pregunta evoca frecuentemente al Derecho Romano, fuente de la cual se alimenta nuestro Derecho.

Al pensarlo más detenidamente puede llegarse a la idea de que el Poder Legislativo es el origen fundamental del Derecho y excepcionalmente el Poder Ejecutivo. Claro que al recordar las sentencias, se piensa enseguida en los tribunales como fuente importante de Derecho. Al mismo tiempo se puede considerar que los requisitos de creación del Derecho, en cierto sentido constituyen su origen. Una cierta información de la teoría kelseniana haría pensar en la norma superior como el verdadero origen de cualquier norma, llegando en última instancia a la Norma Fundamental; a lo cual la postura iusnaturalista opondría la idea de la naturaleza humana como fuente del Derecho.

Todas estas acepciones se presentan como válidas, a la hora de plantear el origen o la fuente del Derecho. Pero aunque todas serían respuestas adecuadas, curiosamente ninguna de ellas responde a lo que quiere plantearse la Teoría del Derecho bajo la idea de fuente del Derecho. Es conveniente precisar y separar los distintos problemas que puedan mezclarse bajo tal denominación.

Cuando se piensa que el origen del Derecho está en la vida social, se está aludiendo a lo que la doctrina jurídica denomina la *fuente material* del Derecho y que suele ser investigada por la Sociología Jurídica. Si se evoca al Derecho Romano como el origen del Derecho, el planteamiento está respondiendo a lo que se ha denominado la *fuente histórica*, que interesa a disciplinas como el Derecho Romano y la Historia del Derecho. Citar a la Asamblea Nacional, al Ejecutivo, etc., en realidad se refiere al *órgano creador* del Derecho, lo que lleva a pensar en los requisitos que debe cumplir cada órgano para llevar a cabo el *procedimiento creador*. Si el planteamiento se refiere a la naturaleza humana como la fuente del Derecho, o más bien a la norma fundamental, se está argumentando dentro del terreno iusnaturalista o iuspositivista respectivamente y el asunto corresponde al tema del *fundamento del Derecho*.

Todas las respuestas señaladas se refieren a problemas muy relevantes para la doctrina jurídica, pero lo que va a interesar a la Teoría General del Derecho como fuentes de Derecho no es ninguna de estas acepciones; en realidad lo que se quiere estudiar bajo esta denominación son las llamadas *fuentes formales*, como se verá más adelante.

B. Problemas conexos. Así pues, del recuento que se acaba de hacer, hay que separar distintas consideraciones, que son estudiadas por disciplinas diferentes. Los planteamientos relativos a la *fundamentación jurídica*, corresponden a la Filosofía del Derecho; lo que tiene que ver con los *órganos creadores y los procedimientos de creación* de las normas, suele ser estudiado principalmente por el Derecho Constitucional. Las *fuentes históricas* son materia de estudio para la Historia del Derecho y el Derecho Romano; y la *fuente material* es problema de la Sociología Jurídica. Quedan las *fuentes formales*, que son las consideradas por la Teoría General del Derecho. Sin embargo, es pertinente una pequeña referencia a las fuentes históricas y a las materiales, además de las formales.

2. Clases de fuentes

A. *Fuentes históricas.* Son los escritos que encierran lo que ha sido Derecho en algún lugar y alguna época dada. Estos escritos pueden constar en piedra, arcilla, madera, pergamino, papel o cualquier otro medio que sirva para transmitir lo que han sido disposiciones jurídicas en el pasado. Por ejemplo, el *corpus iure civile*, que data del 534 d.C. y nos da cuenta de lo que era el influyente Derecho Romano; o el *código de Hammurabi*, grabado en piedra, que describe lo que eran las reglas vigentes aproximadamente del 1730 al 1688 a.C., en el Imperio Babilónico. El estudio de estas fuentes históricas con frecuencia ayuda a entender el Derecho del presente, la historia de los pueblos, o sirve de fuente inspiradora para reformas legislativas necesarias.

B. *Fuentes materiales.* Son los factores o elementos de diferente naturaleza, sean económicos, políticos, morales, históricos, geográficos, etc., que son ajenos al Derecho pero que, como dicen Mouchet y Zorraquín. "provocan la aparición y determinan el contenido de las normas jurídicas" (1962: 151). En efecto, la existencia de unas ciertas convicciones morales en una sociedad, por ejemplo sobre el aborto, influyen de manera determinante en el contenido de las normas, que permiten o prohíben la interrupción de la gestación, de acuerdo a las creencias de la mayoría sobre el tema. Lo mismo el hecho de que exista petróleo en un país, o que haya fronteras con el mar, va a resultar determinante para que se dicten normas que tengan que ver con esas circunstancias.

Esos factores que llamamos fuentes materiales gravitan sobre la mente de los individuos que viven en comunidad, uniformando en alguna medida los valores, especialmente de lo que se considera como justo, como debido. Las personas que van a crear Derecho forman parte de esa comunidad y a partir de esas ideas comunes, se suelen establecer unas normas que son aceptadas por los ciudadanos en la mayoría de los casos. Desde luego, si hay una crisis, un fraccionamiento en la sociedad, el establecimiento de las normas se vuelve menos pacífico, porque no hay un pensamiento universal acerca de lo que va a entenderse como justo. Pero en las colectividades que no confrontan escisiones y que tienen unos mismos objetivos, el hecho de compartir la vida, las necesidades, suele producir un sentimiento

jurídico colectivo que va a influir en los legisladores, en los jueces y en los particulares, a la hora de crear el Derecho.

C. *Fuentes formales.* Estas fuentes, las que más interesan a la Teoría General del Derecho, las que se estudian en *Introducción al Derecho,* pueden ser descritas como las formas de expresión de las normas jurídicas. Una cosa es la norma en sí, lo que ella ordena, y otra es la forma como se expresa ese mandato. Una disposición puede adoptar la forma de una ley, o de un decreto, o de una sentencia. *La forma* que adopta la norma es la fuente formal. Puede decirse que la norma jurídica es *el contenido* de la disposición; y la envoltura, la vestidura, es la fuente formal. La forma de expresión de una disposición es lo que cambia, la orden podría ser la misma.

3. Enumeración de las fuentes formales

Las principales fuentes formales son las leyes en sentido amplio, incluyendo los decretos y los reglamentos; por otra parte, también las costumbres jurídicas, la jurisprudencia, los actos administrativos y los negocios jurídicos, constituyen fuentes formales de Derecho. Cada una de estas fuentes será objeto de consideración en próximos capítulos.

Algunos autores incluyen dentro de las fuentes formales la doctrina jurídica, la analogía y los principios generales del Derecho. Sin embargo, aquí no se considera que forman parte de las fuentes formales, porque se ha entendido por fuente formal la forma de expresión de las normas jurídicas y la doctrina jurídica no expresa mandatos, sino que consiste, como dice Cabanellas en el "conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del Derecho que explican y fijan el sentido de las leyes o sugieren soluciones aún no legisladas" (2003: 133). De modo que la doctrina jurídica no encierra mandatos sino sugerencias.

En cuanto a la analogía y los principios generales del Derecho no son cosas diferentes a una aplicación extensiva de la ley. La analogía y los principios generales del Derecho serán revisados con más detalle en páginas venideras.

ESQUEMA DE FUENTES DEL DERECHO

1. Introducción
- A. Acepciones de la expresión fuentes del Derecho
- B. Problemas conexos

2. Clases de fuentes
- A. Fuentes históricas
- B. Fuentes materiales
- C. Fuentes formales

3. Enumeración de las fuentes formales
- A. Leyes, costumbres, jurisprudencia, actos administrativos y negocios jurídicos
- B. No lo son: Doctrina jurídica, analogía y principios generales del Derecho

CUESTIONARIO

1. ¿Todas las diferentes acepciones de la expresión fuentes del Derecho son materia de estudio para la Introducción al Derecho? Razone su respuesta
2. ¿Cuáles son los problemas conexos con las fuentes del Derecho?
3. ¿Las fuentes históricas tienen importancia para la creación del Derecho?
4. ¿Qué son las fuentes materiales y en cuál disciplina podrían estudiarse?
5. ¿Cómo diferencia usted la norma jurídica y la fuente formal?
6. En 1982 se reformó el Código Civil venezolano. Señale cuál es el órgano creador de la reforma, el procedimiento de creación, su fundamento de validez, su fuente histórica, su fuente material y su fuente formal.
7. En 1999 se aprobó una nueva Constitución en Venezuela. ¿Cuál fue su fuente histórica, su órgano creador, su fuente material y su fuente formal?
8. Razone si le parece que la doctrina jurídica, la analogía y los principios generales del Derecho son fuentes formales.
9. Revise el Programa de Introducción al Derecho y señale los temas que se ocupan de fuentes formales.
10. Recuerde la pirámide jurídica de Kelsen y diga cuántas fuentes formales encuentra en ella.

CAPÍTULO 15

LAS LEYES

En la pirámide jurídica de Kelsen se pueden observar diversos modos de expresar las normas jurídicas. Es lo que se denominó fuentes formales en el capítulo anterior. A partir de este capítulo y hasta el dieciocho, se examinarán varios tipos de estas fuentes, dentro de las cuales las leyes, al menos para los países del Sistema Continental, tienen un protagonismo evidente. Como quiera que la palabra ley tiene varios significados, hay que comenzar por ubicar el sentido propio para el mundo jurídico y todo lo que se puede incluir dentro del término. De allí las diferentes clases de leyes que se revisarán en este apartado.

1. Introducción

Dentro de las diversas formas de expresión de las normas jurídicas, quizás la más importante es la ley, de allí la relevancia de este capítulo. Pero la palabra ley tiene también mucha significación en el campo de las ciencias, ya que ellas trabajan con leyes naturales o sociales. Aunque en ambas oportunidades se usa la palabra ley, el sentido es muy diferente. De modo que hay que deslindar con claridad lo que se entiende por ley en uno y otro caso.

En el terreno de las ciencias cuando se habla de leyes se entiende que ellas sirven para expresar las relaciones constantes entre fenómenos, sean naturales o sociales. Esta idea es distinta a la noción de ley como norma, sea que se haga referencia a leyes morales, jurídicas o religiosas, porque en este campo normativo, como se vio en el primer capítulo, la finalidad de la norma no es describir relaciones entre fenómenos, sino lograr determinadas conductas de los hombres. A diferencia de las leyes naturales o sociales, que explican lo que pasa en la realidad, las normas no presuponen el ámbito

de lo necesario, donde los fenómenos ocurren de modo regular o probable, sino más bien se trata del reino de la libertad humana, en el cual se propone un modelo a una conducta considerada libre. Y es dentro de las normas donde hay que ubicar, primero a las normas jurídicas y luego, dentro de ellas, a las leyes como fuentes formales. De modo que las leyes, en este sentido, constituyen una de las formas posibles de expresión de las normas jurídicas.

Ya dentro del mundo del Derecho, la palabra ley también acepta mayor o menor amplitud, según que se hable de leyes en general, que sería un sentido amplio, o leyes en sentido estricto, cuando se reduce al caso de la ley formal, de lo cual se hablará a continuación.

2. Leyes formales

A. *Ley formal y ley material.* Justamente la amplitud del sentido que se dé a la palabra ley origina esta distinción entre ley formal y ley material. El sentido más amplio corresponde a la *ley material*, que Mouchet y Zorraquín definen "como una norma general, abstracta y permanente, destinada a regular obligatoriamente un número indefinido de casos" (1962: 168). Es decir, que para hablar de ley material, se atiende al contenido de la norma, que ella sea una regulación imperativa y general de la conducta. En este caso, también los decretos leyes o los reglamentos son leyes materiales.

Por *ley formal*, en cambio, se entiende la que procede del órgano legislativo del Estado y con el procedimiento previsto para la creación de las leyes. La Constitución venezolana de 1999 (artículo 202) habla del acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador. El órgano legislativo actúa como cuerpo legislador cuando sigue el procedimiento establecido en la Constitución para la formación de las leyes (artículo 203 y siguientes). De modo que en el caso de la ley formal no se examina si el contenido es un mandato general, sino el órgano que la crea y el procedimiento seguido para su creación. Aftalión, García Olano y Vilanova comienzan por decir que "la ley es la norma general establecida mediante la legislación", con lo cual se están refiriendo a la ley formal; luego sintetizan toda la idea de legislación y de ley del siguiente modo: "la ley es la norma general establecida mediante la palabra por el órgano competente (legislador)" (1980: 281), de modo que incluyen algo referente al contenido, el carácter de general, para hablar de

las leyes. Nino dice que el significado de la *ley llamada formal* se refiere a las normas "dictadas por un parlamento". Dice que "en cambio, los legos llaman "ley" a las normas dictadas por cualquier órgano" y señala que es el caso de *la ley material* (1983: 148,149). Lo cual significa que ley material es una ley dictada por cualquier órgano, independientemente del contenido.

Algunos autores llaman *ley material* a la que tiene el contenido y la forma de ley y *ley formal* a la que tiene solo la forma de ley. También podría plantearse la posición contraria, *la formal* sería la completa, con forma y contenido, y *ley material* la que sólo tiene contenido. Esto es conveniente advertirlo para evitar confusiones en la lectura de ciertos autores, pero parece preferible referirse por separado al aspecto de contenido y al de forma, como se hizo más arriba. La forma alude solamente al procedimiento legislativo y el contenido al carácter de mandato o imperativo, de carácter general. Este es el uso más frecuente en el mundo jurídico venezolano

B. Clases de leyes formales. Deben mencionarse *las leyes ordinarias* y dentro de ellas, *los códigos* (artículo 202 de la Constitución venezolana); además, las leyes *de base y de desarrollo*; *las leyes orgánicas* y *las habilitantes* (artículo 203 de la Constitución). Hay que señalar que en Venezuela las *Constituciones de los estados* están equiparadas a las leyes formales. También hay que destacar que *los tratados internacionales* están asimilados a las leyes formales; igualmente *los actos parlamentarios sin forma de ley*, *los decretos leyes del Ejecutivo*, las *directivas del Poder Electoral* y *ciertos actos del Tribunal Supremo de Justicia.*

Las leyes ordinarias y los códigos aparecen mencionados en la Constitución y debe precisarse que las leyes ordinarias siguen estrictamente el proceso de formación de las leyes; es también el caso de los códigos, pero éstos, además, deben reunir sistemáticamente las normas relativas a determinada materia.

Las leyes orgánicas tienen una jerarquía superior a las leyes ordinarias que se dicten en su propia materia. Pueden recibir su denominación de orgánica de la propia Constitución, o bien de la Asamblea Nacional, al ser admitido el proyecto de ley, en cuyo caso se necesita el voto de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea presentes. En este último supuesto, esas leyes orgánicas deberán ser remitidas antes de su promulgación a la Sala

Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre la constitucionalidad de esa denominación de orgánica. Dice la Constitución que esa mayoría calificada de las dos terceras partes de los parlamentarios presentes se necesita también para modificar las leyes orgánicas, pero la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia estableció que para aprobar la modificación, basta con la mayoría absoluta y no con las dos terceras partes, en una sentencia a propósito de la reforma de la ley orgánica del propio Tribunal (sentencia Nº 34, del 26.1.04). [1]

Además de a) las leyes orgánicas así denominadas por la Constitución, hay otros tipos de estas leyes: b) las que se dictan para organizar los poderes públicos, o c) para desarrollar los derechos constitucionales y d) las que sirven de marco normativo a otras leyes.

Las leyes orgánicas tienen diferencia con las leyes ordinarias en cuanto a su jerarquía (aunque no lo dice la Constitución de 1999, pero lo afirmó una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia) y en el procedimiento de creación, en cuanto a la mayoría para su denominación de orgánicas por la Asamblea Nacional y la consulta a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en ese caso. Parecería que también había diferencia procedimental para la modificación de las leyes orgánicas, de acuerdo a lo establecido en la Constitución, pero ya se señaló que el Tribunal Supremo de Justicia interpretó la disposición diciendo que no había diferencia en la mayoría exigida para su aprobación, en comparación con las leyes ordinarias. .

Las leyes habilitantes establecen las directrices, propósitos y el marco de las materias que se delegan al Presidente de la República, quien podrá, dentro de estos lineamientos, dictar decretos leyes que tendrán rango y valor de ley. También la ley habilitante deberá fijar el plazo de la autorización al Presidente. Igualmente en estas leyes hay diferencia en el procedimiento, ya que deben ser sancionadas por las tres quintas partes de los integrantes de la Asamblea Nacional. Los decretos leyes que dicte el Presidente de la República, facultado por la Asamblea Nacional, no son leyes habilitantes. La ley habilitante es la dictada por la Asamblea Nacional, facultando al Presidente para que dicte decretos leyes.

1 Al respecto, puede verse TOSTA, 2012: 187 y ss.

C. Proceso de formación de las leyes. El proceso consta de cinco etapas: iniciativa, discusión, sanción, promulgación y publicación. La *iniciativa* para la presentación de un proyecto de ley puede ser de varias clases: *La iniciativa legislativa*, que en Venezuela ocurre a través de la Comisión Delegada, de las Comisiones Permanentes y de un número no menor de tres integrantes de la Asamblea Nacional. También cabe dentro de esta iniciativa la posibilidad de que los proyectos sean presentados por el Consejo legislativo estadal, con la restricción de que se trate de leyes relativas a los estados. *La iniciativa ejecutiva*, en la cual corresponde a ese Poder presentar un proyecto de ley a la Asamblea Nacional. *La iniciativa popular*, mediante la cual los electores pueden tomar la iniciativa, en un número no menor del 0,1 por ciento de los inscritos en el registro electoral permanente. Después hay otras iniciativas que tienen restricciones: la *iniciativa del Tribunal Supremo de Justicia*, cuando se trate de leyes relativas a la organización y procedimientos judiciales; *la del Poder Ciudadano*, cuando se trate de leyes relativas a los órganos que lo integran; y *la del Poder Electoral*, cuando se trate de leyes relativas a la materia electoral.

La segunda etapa es la *discusión* del proyecto de ley, que debe producirse en dos discusiones, en días diferentes. En la primera discusión se considera la exposición de motivos de la ley, sus objetivos, alcance, etc., para determinar la pertinencia de la ley y del articulado. La segunda discusión se realiza artículo por artículo.

Una vez que se alcanza el acuerdo mayoritario se dice que la ley queda *sancionada*. Después se envía al Presidente de la República para su *promulgación*, la cual debe hacerse en los diez días siguientes a aquél en que se haya recibido. El Presidente, con acuerdo del Consejo de Ministros, podrá solicitar dentro de ese lapso que la Asamblea Nacional modifique algunas disposiciones o levante la sanción a la ley. Luego de recibir de nuevo la Ley de la Asamblea Nacional, el Presidente debe promulgarla en los cinco días siguientes. Si el Presidente considera que la Ley, o parte de ella, es inconstitucional, puede solicitar el pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien debe resolverlo en los quince días siguientes. Si no la considera inconstitucional o no resuelve dentro del lapso, el Presidente debe promulgar la ley en los cinco días siguientes. Cuando el Presidente no promulga una ley en los plazos

señalados, el Presidente y Vicepresidentes de la Asamblea Nacional harán la promulgación, incurriendo en responsabilidad el Presidente de la República por su omisión (artículo 216 de la Constitución venezolana).

Después, sólo resta la *publicación* en la Gaceta Oficial de la República.

D. *Vigencia y derogación.* La ley entra en vigencia desde su publicación en la Gaceta Oficial o desde la fecha posterior que ella misma indique (artículo 1 del Código Civil de 1982). Se entiende que a partir de ese momento es exigible. También puede considerarse necesario para su aprobación que el proyecto se someta a referendo aprobatorio, cuando así lo decidieren las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea (artículo 73 de la Constitución de 1999). Para que quede sancionada la ley se necesita que sea aprobada en el referendo, al cual haya concurrido el 25% de los electores inscritos. La promulgación de una ley aprobatoria de un tratado internacional se hará en la oportunidad que discrecionalmente decida el Ejecutivo Nacional (artículo 217 de la Constitución).

La derogación de las leyes, es decir, la pérdida de su carácter obligatorio, podrá hacerse a través de una nueva ley, o mediante abrogación por referendo (artículo 218 de la Constitución venezolana), o por vencimiento del plazo determinado para el cual se la dictó. Para someter a referendo abrogatorio una ley puede hacerse una solicitud de un número no menor del 10% de los electores inscritos, o del Presidente de la República en Consejo de Ministros. Para la validez del referendo abrogatorio debe concurrir el 40% de los electores inscritos. También los decretos que dicte el Presidente de la República, en uso de las atribuciones de una ley habilitante, podrán someterse a referendo abrogatorio cuando fuere solicitado por un número no menor del 5% de los electores inscritos (artículos 73 y 74 de la Constitución).

E. *Reserva legal.* En la Constitución venezolana (artículo 187, numeral 1) se dice que corresponde a la Asamblea Nacional legislar en la materia de la competencia nacional, materia que es minuciosamente establecida en la misma Constitución (artículo 156). De modo que se reservan una serie de materias, que deberán ser objeto de legislación por parte de la Asamblea Nacional. A pesar de estas disposiciones señaladas, los decretos leyes que dicta el Presidente de la República, autorizado por una ley habilitante,

corren el riesgo de invadir esta reserva legal, porque la propia Constitución (artículo 203) cuando habla de las leyes habilitantes, no limita las materias en las cuales se autoriza al Presidente a dictar decretos, quedando a criterio de la Asamblea Nacional la lista más o menos amplia de tópicos en los cuales podrá legislar el Presidente. De hecho en Venezuela, recientemente, se han dictado leyes como la del Trabajo, o el Código Orgánico Procesal Penal, a través de Decretos Leyes, aunque son materias de Reserva Legal.

F. *Legislación y codificación.* En el mundo occidental los sistemas de Derecho de los distintos países pueden tener diferencias en sus contenidos, pero también es posible encontrar rasgos comunes entre varios sistemas jurídicos, constituyendo lo que se suele llamar una familia jurídica. De esta manera, hay dos grandes familias de sistemas de Derecho en el mundo occidental: el Sistema Continental y el *Common Law.* El Sistema Continental (llamado así en referencia al continente europeo, por oposición a la Gran Bretaña) se desarrolla a partir del núcleo originario del Derecho Romano, que fue un Derecho que alcanzó altos niveles de excelencia y que tenía una larga tradición de la cultura greco-romana.

En los países del Sistema Continental se da preferencia a la ley, sobre otras fuentes de Derecho, mientras que en el Sistema del *Common Law* la legislación tiene menor importancia, logrando más relieve la creación judicial del Derecho. La legislación se desarrolló con gran fuerza en el Sistema Continental a partir del siglo XVI, gracias a la influencia del racionalismo filosófico.

El racionalismo lleva a la legislación a su punto culminante con el movimiento codificador que se desarrolla desde principios del siglo XIX, especialmente en Francia. Se había hablado de códigos con anterioridad, pero en un sentido diferente. El Código del Emperador Justiniano, del año 534, que era una de las cuatro partes del *Corpus Iuris Civilis*, reunía una cantidad de leyes referentes a la organización del Estado, dictadas por él y por otros emperadores, sobre distintas materias. Esa no es la idea de los códigos en la actualidad. Ahora se trata de leyes que regulan de manera organizada y sistemática una rama del Derecho. Son construcciones profundamente racionales, que regulan de manera metódica una materia como el Derecho Civil, el Derecho Procesal, el Derecho Penal, etc. Este movimiento codificador se fue extendiendo por todos los países de la

familia del Sistema Continental. Venezuela se incorporó a ese movimiento a mediados del siglo XIX y todavía están vigentes una serie de códigos, que se han ido reformando a lo largo de estos años.

La escuela histórica del Derecho de Savigny se opuso duramente al movimiento codificador, alegando que los códigos impiden el desarrollo del Derecho, su progreso. Se basaba en la idea de que lo importante para la creación del Derecho era el espíritu del pueblo, que se expresaba mejor a través de la costumbre jurídica y de la jurisprudencia, antes que por medio de la legislación. A pesar de la oposición de la escuela histórica, el movimiento codificador siguió avanzando e incluso en Alemania (donde actuaba la escuela histórica) se terminó por aprobar un excelente Código Civil a fines del siglo XIX.

El perfil del Derecho venezolano hasta hace unos 25 años era claramente el del Sistema Continental, con sujeción estricta a la ley y su consideración como principal forma de expresión del Derecho. En años recientes ha habido un cambio en la valoración de la jurisprudencia y de la ley, creándose por primera vez en la Constitución de 1999 (artículo 335), la obligatoriedad de la jurisprudencia que se refiere a las interpretaciones de las normas constitucionales y que realiza la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Aunque la jurisprudencia obligatoria se restringe a la que interpreta la Constitución y que establece la Sala Constitucional, la preeminencia de esta Sala, con todas las atribuciones que le han sido conferidas, ha llevado a un primer plano de atención sus sentencias y, por extensión, el mundo jurídico venezolano ha empezado a tomar en cuenta la jurisprudencia en general, con especial referencia a la del Tribunal Supremo de Justicia. Por otra parte, del predominio que había en el país de la escuela iuspositivista, claramente vinculada a la Ley, se ha pasado en los últimos años a una penetración iusnaturalista, que está recogida en la exposición de motivos de la Constitución de 1999 y en la jurisprudencia más reciente. [2]

2 Sobre este tema se puede ver Tosta, María Luisa, 2007, *Evolución reciente del Derecho venezolano,* UCV, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas

3. Decretos leyes

A. Concepto. Un decreto ley es un acto con valor de ley, dictado por el Ejecutivo o quien haga sus veces. Es necesario advertir que la palabra decretar se usa en muchos casos y no sólo cuando se trata de estos decretos leyes. Así, por ejemplo, la Constitución venezolana (artículo 212) dice: "Al texto de las leyes precederá la siguiente fórmula: La Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela decreta". De modo que las leyes formales también son "decretadas"; una cosa es la expresión decretar y otra el nombre de decreto, que es una de las formas de expresar las normas jurídicas.

B. *Clases de decretos.* Hay tres clases de decretos: los delegados, los de urgencia o necesidad y los de facto. *Los delegados* son aquellos que necesitan de una autorización previa de la Asamblea Nacional. El nombre viene de la idea de que el Parlamento delega en el Presidente de la República la facultad de legislar. Esto lo hace la Asamblea Nacional por autorización expresa de la Constitución (artículo 203). La Constitución venezolana dice que el Presidente podrá dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley. Por ejemplo, dictar créditos adicionales al presupuesto, previa autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada (numeral 13, del artículo 236). Designar, previa autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada, al Procurador General de la República y a los jefes de las misiones diplomáticas (numeral 15, del artículo 236).

Los decretos de urgencia o necesidad son aquellos que el Presidente de la República puede dictar por autorización directa de la Constitución, en casos de situaciones especiales. Por ejemplo, declarar los estados de excepción y decretar la restricción de garantías en los casos previstos en la Constitución (numeral 7, del artículo 236). Nombrar y remover al Vicepresidente Ejecutivo, nombrar y remover los Ministros (numeral 3, del artículo 236).

Los decretos de facto son los que se producen sin apoyo de la Constitución, precisamente cuando se ha producido la ruptura del hilo constitucional. Estos decretos presentan problema desde el punto de vista de su legitimación, puesto que se producen fuera del marco normativo. Sin embargo, cuando se producen y se consolidan estas situaciones en un país, luego se les suele

considerar válidos a estos decretos por razón de las circunstancias y para evitar una mayor incertidumbre jurídica.

C. *Requisitos.* En primer lugar, los decretos leyes deber ser discutidos en Consejo de Ministros, salvo en los casos de designación del Vicepresidente Ejecutivo, de los Ministros, del Procurador General de la República, o de aquellos funcionarios cuya designación le corresponda al Presidente por atribución de la Constitución y de la ley.

El encabezamiento del Decreto ley debe incluir el número del Decreto, la fecha, el nombre del Presidente y la fundamentación del mismo, que se encuentra en la propia Constitución (artículo 236).

Los decretos leyes deben llevar las firmas del Presidente, del Vicepresidente y de uno o más de los ministros respectivos, salvo en el caso del nombramiento del Vicepresidente y de los Ministros y en el de la dirección de la Fuerza Armada Nacional en su carácter de Comandante en Jefe que tiene el Presidente, casos en los cuales bastará con la firma del Presidente.

Por último, los decretos leyes deben ser publicados en la Gaceta Oficial, como se hace con las leyes en general (artículo 215 de la Constitución).

D. *Materia.* En Venezuela, antes de la Constitución de 1999, el contenido de los decretos era más restringido que en la actualidad. Se dictaban decretos sobretodo en materia económica, en situaciones de excepción y restricción de garantías, nombramientos de funcionarios y para atender algunos asuntos de la administración pública. En los últimos años se han dictado decretos en las materias más diversas.

4. Reglamentos

A. Concepto Un reglamento es un acto unilateral de la Administración, que crea normas generales para complementar las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón.

B. Clases de Reglamentos. Básicamente hay dos clases de reglamentos: de ejecución o subordinados y autónomos o de organización. *Los reglamentos de ejecución o subordinados* son aquellos que complementan una ley específica.

Regulan los temas de la ley de manera más detallada, pero desde luego no deben contrariarla. Se dicta por ejemplo, una Ley del Trabajo o una Ley de Universidades y luego se dictan los reglamentos de la Ley del Trabajo y de la Ley de Universidades.

En cuanto a *los reglamentos autónomos*, no se dictan en relación con una ley determinada, sino para regular funciones de la Administración de manera general. Pueden ser de organización, que regulan la estructura y funcionamiento de la Administración, y de policía, que tratan del orden público. Los autónomos son propios de cualquier dependencia de la Administración, como por ejemplo, la Universidad Central de Venezuela, o el Banco Central de Venezuela.

C. *Requisitos.* La creación de los reglamentos es una atribución que da la Constitución al Presidente de la República y que debe ejercer en Consejo de Ministros. El encabezamiento del Reglamento debe contener el número del Decreto mediante el cual se crea el Reglamento, la fecha, debe señalarse que el Presidente lo dicta y su fundamentación normativa (artículo 236, numeral 10, de la Constitución). Debe llevar la firma del Presidente, del Vicepresidente y del Ministro o Ministros respectivos. Y debe ser publicado en la Gaceta Oficial.

D. *Materia.* El reglamento se refiere a cuestiones internas y de detalle de la administración, sin que sea permitido invadir la Reserva Legal por vía del Reglamento.

ESQUEMA DE LAS LEYES

1. **Introducción**
2. **Leyes formales**
   - A. Ley formal y ley material
   - B. Clases de leyes formales
   - C. Proceso de formación de las leyes
   - D. Vigencia y derogación
   - E. Reserva legal
   - F. Legislación y codificación
3. **Decretos leyes**
   - A. Concepto
   - B. Clases de Decretos
   - C. Requisitos
   - D. Materia
4. **Reglamentos**
   - A. Concepto
   - B. Clases de Reglamentos
   - C. Requisitos
   - D. Materia

CUESTIONARIO

1. La ley de la gravitación universal dice: "Los cuerpos se atraen en razón directa de su masa y en razón inversa del cuadrado de la distancia". Diga qué tipo de ley le parece que es ésta.
2. ¿Qué características permiten distinguir las leyes naturales de las leyes jurídicas?
3. ¿A qué tipo de ley se refiere el artículo 202 de la Constitución vigente?
4. Describa lo que es característico de la ley formal y de la ley material.
5. El reglamento de la Ley del Trabajo ¿Es ley formal o material? Razone su respuesta
6. Enumere todas las clases de leyes formales.
7. ¿Cuáles son las etapas del proceso de formación de las leyes?
8. ¿Son iguales los requisitos de la ley formal y de los decretos leyes? Razone su respuesta.
9. ¿Cómo se derogan las leyes?
10. ¿Qué es la Reserva legal?
11. Trate de determinar en la Biblioteca de la Facultad o con ayuda de profesores, cuántos códigos vigentes hay en Venezuela.
12. ¿En qué se diferencian los códigos actuales del Código de Justiniano?
13. ¿En qué época comenzó el movimiento codificador?
14. ¿Por qué Savigny se oponía a ese movimiento?
15. ¿Qué diferencia encuentra en los conceptos de Decreto ley y de Reglamento?
16. El Decreto de restricción de garantías ¿qué clase de decreto es? Razone su respuesta.
17. Diga si en la Constitución venezolana aparecen los decretos de facto.
18. ¿Hay diferencias en las materias que tratan los decretos y los reglamentos?

CAPÍTULO 16

COSTUMBRE JURÍDICA

Para quienes viven dentro de un sistema jurídico donde predomina la ley, a veces resulta difícil manejar la idea del Derecho consuetudinario. Pero la costumbre puede ser la forma normal de expresar normas jurídicas en un ordenamiento, como pasó en sistemas primitivos, e incluso en la primera etapa del Derecho Romano; también puede haber normas en forma de costumbre que subsistan junto con la ley. Entonces hay que precisar no sólo qué es la costumbre jurídica, sino cuándo ella es aceptada como forma de un mandato jurídico. Por eso en este capítulo se revisará no sólo la idea de costumbre jurídica, sino el valor que ella ha tenido a través del tiempo y su relación con la ley.

1. Definición y elementos

El clásico Ulpiano define la *costumbre* como el consentimiento tácito del pueblo inveterado por un largo uso. Y Du Pasquier da una definición que contiene los mismos elementos que la de Ulpiano: uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio. En ambas definiciones observamos que se habla de *un uso,* es decir, de la reiteración de una conducta, que constituye la base de la costumbre. Y en ambas también se habla de la apreciación, de *la opinión* que tiene la colectividad sobre tal conducta repetida. Esta convicción de la población resulta arraigada, inveterada, por el transcurso del tiempo, repitiendo la misma conducta. Hay, pues, dos elementos en la costumbre jurídica: uno que se denomina *elemento material u objetivo, inveterada consuetudo,* y que consiste en el uso, en la reiteración de la conducta y que debe tener ciertas características. Ese uso debe ser general, o sea, practicado por la mayoría de los miembros de la colectividad. Debe ser uniforme, que se practique de la misma manera. También debe ser constante, lo cual significa que tiene

que prolongarse en el tiempo; una práctica aislada de una conducta no constituye costumbre. Y por último, ese uso debe ser notorio, es decir, que la repetición de la conducta debe ser pública, evidente, visible.

Este elemento material no basta para convertir a la costumbre en jurídica. Se necesita el segundo elemento, que ha sido denominado *subjetivo o psicológico.* Si falta este segundo elemento habrá costumbre, pero no jurídica. Hay otras costumbres en la sociedad, como es el caso de los convencionalismos sociales, que no constituyen Derecho. Este otro elemento ha sido descrito como la *opinio iuris seu necessitatis,* la convicción de su necesidad desde el punto de vista del Derecho, o a los fines del Derecho. De modo que la conducta que se repite de manera general, uniforme, constante y notoria, es considerada como obligatoria jurídicamente.

2. Valoración de la costumbre a través del tiempo

En las primeras etapas de la historia de los pueblos, especialmente antes de que accedieran a la escritura, el Derecho se formó a través de costumbres. La gente adoptaba una costumbre y se consideraba necesario respetar esa costumbre. El que la transgredía era castigado por la colectividad. Era, pues, un Derecho no escrito, no sancionado expresamente, que se iba formando a través del tiempo. Con la evolución de los pueblos, algunos siguieron tomando en cuenta la costumbre jurídica como forma de expresar Derecho y otros prefirieron el Derecho escrito, la legislación, que podía dar cabida a la costumbre. En este último caso, la costumbre se vuelve obligatoria porque la ley, que tiene preeminencia, remite a ella.

En los pueblos primitivos, como se ha dicho, la costumbre tenía un gran valor como expresión de derecho. Por ejemplo, los pueblos bárbaros que invadieron el Imperio Romano en el siglo V d.C., no conocían la escritura y desde mucho antes regulaban su conducta de manera consuetudinaria. Con el correr del tiempo estos pueblos hicieron escribir sus normas. Lo mismo había sucedido con el Derecho Romano, que tuvo una etapa consuetudinaria, antes de la Ley de las XII tablas, la cual data aproximadamente del siglo V a.C. En el siglo VI d.C., el emperador Justiniano ordenó redactar el *corpus iuris civilis* y el Derecho escrito se vio reforzado. Todavía durante la Edad Media convivieron las leyes y la costumbre, conservando la costumbre cierta importancia.

En la Edad Moderna surgen las teorías filosóficas racionalistas, que van a tratar de crear un Derecho preponderantemente racional, que será escrito, restando importancia a la costumbre. El movimiento codificador, que data de comienzos del siglo XIX, dio extraordinario impulso a la legislación, en detrimento de la costumbre. La escuela histórica de Savigny privilegiaba la costumbre, por considerar que expresaba mejor el espíritu del pueblo, y por eso se oponía a la codificación del Derecho, pero en definitiva la legislación se impuso, al menos en el Sistema Continental o Romano Germánico. En el Derecho actual hay que analizar a qué familia jurídica pertenece un sistema de Derecho, para determinar la importancia de la legislación y de la costumbre, aunque tienden a coexistir en la mayoría de los países.

3. Costumbre en relación con la ley

Habida cuenta de la coexistencia de la costumbre y la legislación y del predominio de la legislación en los países como el nuestro, que pertenecen al Sistema Continental, es importante examinar la posición que puede tener la costumbre en relación con la ley. Hay tres posibilidades, la costumbre conforme con la ley, la costumbre en ausencia de la ley y la costumbre contraria a la ley.

A. La costumbre conforme a la ley o *secundum legem,* es la costumbre que surge en coincidencia con lo dispuesto por la ley. En vista de la conformidad de la costumbre a la ley, no se presenta ningún problema en este caso. Lo más probable es que se trate del surgimiento de una costumbre provocado por una ley que fue previa a la costumbre, o una costumbre que luego fue recogida por una ley.

B. La costumbre al margen de la ley o praeter legem, surge cuando la conducta de que se trate no está regulada en la legislación, pero sí por la costumbre. Autores y legislaciones suelen acoger este tipo de costumbre como supletoria de la ley, al considerar que llena un vacío de la legislación. Sin embargo, es preciso examinar cada ordenamiento jurídico para determinar si se acoge o no esta costumbre, así como las distintas ramas del Derecho, en las cuales puede haber diferencias en cuanto a la aceptación de la costumbre al margen de la ley. Por ejemplo en Derecho Mercantil suele ser expresamente acogida como fuente supletoria de Derecho, lo cual es mucho más raro en el Derecho Civil. En el Derecho Penal está expresamente

excluida, por el principio de que no hay delito ni castigo sin una ley penal previa. En Derecho Internacional suele tener mucha importancia, a falta de tratados o acuerdos internacionales.

C. *La costumbre contra ley o contra legem*, una costumbre que se forma exactamente en contra de lo que dispone la ley. En este caso por lo general se supone que la ley es anterior a la costumbre y luego surge la costumbre que la contraría. En tal supuesto cabría la posibilidad de que la costumbre sirviera para derogar la ley. Esto sucedió en el Derecho Romano, en el Derecho Canónico y en algunas otras legislaciones. Pero el predominio de la legislación en una serie de países, ha proscrito la costumbre contraria a la ley, expresando claramente que tal costumbre no tiene carácter abrogatorio.

4. La costumbre en Venezuela

A. En relación con la costumbre según la ley, no existe razón para plantearse este caso, ya que no existe la menor posibilidad de conflicto, en vista de la coincidencia entre la legislación y la costumbre. La costumbre consistiría en la simple aplicación de la ley.

B. En cuanto a la costumbre al margen de la ley, o en ausencia de la ley, el Código Civil venezolano en su artículo 4 dice que "cuando no hubiere disposición precisa de ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho". De modo que este artículo resuelve la solución que se adoptará en ausencia de ley. Resulta claro que lo primero que hay que tomar en cuenta es la legislación; sólo en ausencia de ella el artículo remite a la analogía y a los principios generales del Derecho. Por tanto, no se consagra la costumbre en ausencia de la ley como fuente supletoria de Derecho en materia Civil. En algunas otras ramas del Derecho en las cuales no se hubiere previsto fuente supletoria de la ley, podría aplicarse este artículo del Código Civil, acudiendo a la analogía y a los principios generales del Derecho y descartando la costumbre en ausencia de la ley.

En cambio en el Derecho Mercantil, la costumbre mercantil está expresamente contemplada como fuente supletoria, en el artículo 9 del Código de Comercio: "Las costumbres mercantiles suplen el silencio de

la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo que apreciarán prudencialmente los Jueces de Comercio".

En el Derecho Penal está excluida de manera directa la costumbre jurídica, cuando el Código Penal (artículo 1) dice: "Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente".

Por otra parte, hay disposiciones del Código Civil venezolano que remiten a la costumbre, como es el caso del artículo 1.612: "Se estará a la costumbre del lugar respecto a las reparaciones menores o locativas que hayan de ser a cargo del inquilino. En caso de duda, serán de cuenta del propietario". Se puede decir que la costumbre tiene valor porque la legislación remite a ella. Sin embargo, el Profesor Manuel Simón Egaña considera que en este caso no se trata de una costumbre jurídica sino un mero uso, basándose en lo que dice el artículo 1.586 del Código Civil: "El arrendador está obligado a entregar la cosa en buen estado y hechas las reparaciones necesarias. Durante el tiempo del contrato debe hacer todas las reparaciones que la cosa necesita, excepto las pequeñas reparaciones que, según el uso, son de cargo de los arrendatarios" (Egaña, 1963: 150). Hay además el artículo 1.646 del Código Civil que dice: "Si no hubiere pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse su entrega". Aquí surge la misma duda que introduce Egaña, si se trata de una costumbre jurídica o de una costumbre pura y simple

C. En el caso de la costumbre contraria a la ley, de manera clara se excluye el carácter abrogatorio de ella, cuando el artículo 7 del Código Civil, en el Título que habla de las leyes, sus efectos y su aplicación dice: "Las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes; y no vale alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguos y universales que sean". De modo que no hay duda de la exclusión en el Derecho venezolano de la costumbre contraria a la ley.

5. Instancias de justicia indígena

La Constitución venezolana vigente introduce algunas disposiciones que aluden a las costumbres indígenas y a las instancias de justicia de las

autoridades de los pueblos indígenas. Dice que "el Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras..." etc. (artículo 119). Y más adelante, parece aceptar que en la administración de justicia de estos pueblos se tengan en cuenta sus costumbres, cuando dice: "Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional" (artículo 260). De modo que resultan aceptadas las costumbres ancestrales, pero excluyendo las costumbres contrarias a la ley.

ESQUEMA DE LA COSTUMBRE JURÍDICA

1. Definición y elementos

2. Valoración de la costumbre a través del tiempo

3. Costumbre en relación con la ley

- A. Costumbre conforme a la ley
- B. Costumbre en ausencia de la ley
- C. Costumbre contra la ley

4. La costumbre en Venezuela

- A. La costumbre según la ley
- B. La costumbre al margen de la ley:
  - Artículo 4 CC
  - Artículo 9 Código de Comercio
  - Artículo 1 del Código Penal
  - Artículos 1.612, 1.586 y 1.646 del CC
- C. La costumbre contra ley
  - Artículo 7 del CC

5. Instancias de justicia indígena

- Artículo 119 de la Constitución
- Artículo 260 de la Constitución

CUESTIONARIO

1. ¿Cómo diferencia usted la costumbre jurídica de los convencionalismos sociales?
2. En las definiciones de Ulpiano y de Du Pasquier señale las palabras que corresponden a los dos elementos de la costumbre.
3. En Venezuela existe la costumbre de entregar regalos en los cumpleaños, en los matrimonios, etc. ¿Esa costumbre es jurídica? Razone su respuesta.
4. En Venezuela existe la figura del "corredor", que es una persona que actúa como intermediario en la compra-venta y otros negocios. Realizada la operación, el corredor recibe en pago una cantidad de dinero que constituye un porcentaje en relación con el monto de la operación realizada. Si no hubiera disposición expresa, igualmente se respetaría este pago. En ese caso, señale los dos elementos de la costumbre jurídica.
5. El artículo 9 del Código de Comercio ¿a qué tipo de costumbre en relación con la ley se refiere?
6. ¿Qué dicen los tratadistas en relación con la costumbre en ausencia de la ley?
7. ¿Qué posición adopta el Derecho venezolano en relación con la costumbre según la ley?
8. ¿A qué tipo de costumbre se refiere el artículo 7 del Código Civil? ¿Qué dice ese artículo?
9. ¿Qué posibilidad encuentra usted de aplicar la costumbre en el Derecho Penal en Venezuela?
10. ¿Qué papel juegan las costumbres jurídicas en las instancias de justicia indígena?

CAPÍTULO 17

LA JURISPRUDENCIA

La palabra jurisprudencia tiene diversos sentidos. Por ello hay que asegurarse, en primer lugar, de lo que se está queriendo decir cuando se habla de jurisprudencia. En nuestro medio jurídico la jurisprudencia hace referencia a las decisiones que toman los jueces en los tribunales y, como resulta evidente, tiene una enorme importancia. Casi podría decirse que la idea de Derecho es inseparable de la imagen del juez dictando sentencia. Sin embargo, ésta no es la única acepción del término. Después de aclarar su significado, se examinará su valor como fuente de Derecho. También este capítulo abarcará la organización de los tribunales en Venezuela, su competencia, los recursos que se pueden intentar en ellos, un pequeño análisis de la sentencia y se incluirá también lo relativo a la resolución administrativa, que da lugar a recursos que pueden ventilarse en los tribunales.

1. Diversas acepciones de jurisprudencia

A. *Como Teoría del Derecho.* En el Derecho Romano los jurisprudentes se encargaban de decir lo que era el Derecho. Estaban autorizados para pronunciarse sobre los problemas jurídicos. En este sentido, se hablaba de jurisprudencia como la doctrina elaborada por los jurisprudentes. También actualmente, cuando se lee un texto jurídico en un idioma extranjero, especialmente en inglés, resulta posible encontrar una referencia a la "*jurisprudence*", queriendo significar el estudio de la estructura del sistema jurídico, el análisis de la Teoría del Derecho.

B. Como decisiones judiciales. La otra acepción de la palabra jurisprudencia alude a las decisiones de los tribunales. En este caso, cabe distinguir un sentido amplio de jurisprudencia, para referir cualquier conjunto de sentencias, y

un sentido estricto de la palabra, cuando se quiere significar un grupo de sentencias que resuelven de una misma forma y de manera constante un problema determinado. En sentido amplio se usa cuando se dice: "hay que consultar no sólo la legislación sino también la jurisprudencia". En sentido estricto, cuando se señala que "hay jurisprudencia reiterada que avala ese planteamiento".

2. Carácter de fuente

A. *Jurisprudencia como fuente material.* Es bueno recordar que las fuentes materiales del Derecho son los elementos o circunstancias de muy diversa naturaleza, que se encuentran en una sociedad y que contribuyen a predeterminar el contenido de las normas jurídicas. Estos elementos no son normas obligatorias, sino factores sociales que influyen a la hora de crear normas jurídicas. En este orden de ideas, la jurisprudencia puede constituir uno de esos factores, ya que es una condición presente en la sociedad y que influye enormemente en el contenido de normas jurídicas, tanto de normas generales como de normas individuales. Si se va a promulgar una ley (norma general), es indudable que los legisladores suelen tomar muy en cuenta la jurisprudencia que se haya dictado en la materia, ya que las sentencias son decisiones elaboradas por personas generalmente muy conocedoras del Derecho y que tal vez ya tienen una experiencia considerable en lo que respecta al tema que habrá de ser regulado mediante la legislación. Si se trata de elaborar una sentencia (norma individual) en un caso controvertido, lo más frecuente es que el juez revise las sentencias dictadas por otros jueces, que le mostrarán la forma como se resolvió el caso con anterioridad.

Observemos que en los dos casos, tanto para producir una norma general como una individual, no es obligatorio tomar en cuenta la jurisprudencia precedente, pero es lo más razonable, en vista de que las sentencias son el producto de un esfuerzo intelectual de estudiosos del Derecho, que se plantearon con anterioridad el problema de que se trate. Por tanto, la jurisprudencia es fuente material de Derecho, tanto de normas generales como de normas individuales.

B. *Jurisprudencia como fuente formal.* Se entiende por fuente formal el modo de expresión de las normas jurídicas. Si se considera a la jurisprudencia como fuente formal se estará diciendo que ella encierra

normas jurídicas de obligatorio cumplimiento. En este sentido, se puede decir que una sentencia es una norma jurídica individual, que es obligatoria para las partes que intervinieron en el caso, ya que cuenta con el respaldo del aparato coactivo del Estado para hacerla cumplir. Entonces hay que concluir que la jurisprudencia es fuente formal de normas individuales para el caso en el cual se dicta.

Problema distinto es plantearse si la jurisprudencia es fuente formal de normas jurídicas generales. Esto significaría que las decisiones tomadas por los jueces se vuelven obligatorias no sólo para el caso controvertido en el tribunal, sino para un número indeterminado de casos. Esto sucede en el Sistema Jurídico del *Common Law,* que existe en los países anglosajones y en los que fueron sus colonias. Dentro de ese sistema cuando un juez va a sentenciar, no puede contrariar las decisiones que se hayan tomado con anterioridad en casos semejantes. Esto es lo que se llama la obligatoriedad del precedente. Es por esto que los abogados anglosajones, cuando tienen un caso entre manos, se dedican a buscar los precedentes, para ver si encuentran alguno que les haga triunfar en su empresa. Por tanto, en los países del *Common Law,* la jurisprudencia es fuente formal de normas generales.

En cambio, es diferente lo que sucede, o sucedía, con los países que pertenecen al Sistema Continental. En principio, un juez que va a dictar sentencia no está obligado por las sentencias anteriores. No existe la obligatoriedad del precedente y el juez tiene que aplicar la ley en cada caso, según su propio criterio. Sin embargo, este principio tiene excepciones en Venezuela.

Desde hace muchos años, cuando el máximo Tribunal de la República se pronuncia sobre la inconstitucionalidad o la ilegalidad de alguna norma, esa sentencia anula la disposición para el futuro, en los casos sucesivos que se presenten. Es decir, que esa jurisprudencia se vuelve obligatoria de manera general.

Recientemente, con la Constitución de 1999, se estableció otra excepción importante. El artículo 335 de la Constitución dice expresamente que las interpretaciones de las normas constitucionales que realice la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, son vinculantes para las

otras Salas del Tribunal y demás tribunales de la República. Es decir, que se creó la obligatoriedad de esos precedentes. En este caso, las sentencias que dicte la Sala Constitucional sobre interpretaciones de normas constitucionales son fuente formal de normas jurídicas generales.

C. *La jurisprudencia normativa.* Bajo esta expresión se suelen considerar dos problemas diferentes. Por una parte, la obligatoriedad del precedente, es decir, que una sentencia se dicte no sólo para el caso controvertido, sino que se vuelve obligatoria para todos los casos futuros semejantes. Por otra parte, se entiende también el caso de creación de legislación a través de sentencias; es decir, que el Poder Judicial utilice el recurso de una sentencia para dictar una ley. René Molina entiende por jurisprudencia normativa "la doctrina establecida por la Sala Constitucional como criterio con fuerza normativa y por tanto vinculante, que se impone como obligatoria desde su publicación en Gaceta Oficial" (2005: 355).

Podría decirse de manera general, englobando las dos acepciones, que la jurisprudencia normativa alude a la creación de normas jurídicas generales por cuenta de los tribunales. Es claro que la jurisprudencia siempre alude a normas jurídicas en la medida en que significa la interpretación de la ley hecha por los jueces a través de las sentencias. Pero originalmente las sentencias son obligatorias para los casos en que se dictan, es decir, son normas jurídicas individuales, su obligatoriedad se refiere al caso de autos. En este sentido, una sentencia es siempre una norma jurídica y la jurisprudencia, entonces, es siempre normativa. La expresión "jurisprudencia normativa" no es muy feliz, porque toda jurisprudencia es normativa. Pero lo que se quiere explicar bajo esa expresión es el carácter de normas jurídicas generales que tendrían las sentencias dictadas por los tribunales y no sólo normas individuales.

El tema de la jurisprudencia normativa ha sido objeto de polémica; cuenta con defensores y detractores. Molina observa que el poder legislativo está integrado por representantes elegidos directamente por el pueblo, en el cual reside la soberanía, por lo que estaría más legitimado que el poder judicial para dictar normas jurídicas generales. Incluso señala el autor un riesgo para la democracia con esta jurisprudencia normativa: "Existe una clara tendencia entre la organización democrática de la sociedad, y

la función judicial de legisladora y constituyentista asumida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia" (2005: 369).

En Venezuela se convirtió a la jurisprudencia, por primera vez, como fuente de normas generales en la Constitución de 1999, cuando consagra en el artículo 335 que las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre las normas y principios constitucionales tienen carácter vinculante. Esto dio pie para que esta Sala extendiera el alcance de esa disposición, precisamente por vía jurisprudencial. Con posterioridad a la extensión jurisprudencial de sus funciones, se dicta la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, que amplió enormemente las atribuciones de esta Sala, siempre bajo el amparo de la interpretación constitucional, permitiéndole revisar las sentencias dictadas por las otras Salas, no sólo cuando violen principios de la Constitución, sino incluso en los casos que *consideren* que la sentencia ha sido dictada por error, dolo, cohecho o prevaricación. Estas atribuciones desaparecieron al modificar esta Ley Orgánica en el 2010, pudiendo revisar las sentencias de otras Salas sólo cuando se desconozca algún precedente de la Sala Constitucional, o en caso de violación o indebida aplicación de una norma o principio constitucional (artículo 25, numeral 11, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010). Adicionalmente, la Ley autoriza a esta Sala a avocarse o tomar para sí una causa que corresponda a otra Sala del Tribunal Supremo de Justicia o a otro Tribunal de la República, cuando *se presuma* la violación de principios jurídicos fundamentales de la Constitución, siempre que no haya recaído sentencia definitivamente firme (artículo 25, numeral 16 de la misma Ley).

En el otro sentido de la jurisprudencia normativa, como creadora de legislación a través de sentencias, Molina señala varios casos: se dio vigencia al principio procesal de la oralidad en los procesos de amparo, se creó la acción de interpretación constitucional, así como el procedimiento para el ejercicio del *habeas data* y se le dio operatividad a la acción de tutela de los intereses colectivos o difusos (2005: 353). A los casos señalados por Molina pueden agregarse otra serie de casos, como el establecimiento de las competencias de las Cortes Primera y Segunda en lo Contencioso Administrativo, la reforma del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, etc.

Por otra parte, en opinión de Molina, la doctrina de otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, tiene carácter vinculante en materia laboral y en materia electoral. Si bien el Código de Procedimiento Civil habla de procurar acoger la jurisprudencia, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en el artículo 177, dice que se deberá acoger la doctrina de la Sala de Casación Social, por lo cual el autor encuentra el establecimiento imperativo de la obligación de acoger la doctrina de Casación. Sin embargo, la Sala Constitucional piensa diferente. En sentencia del 19.3.04, expediente Nº 03-0893, se establece que "con excepción de la doctrina de interpretación constitucional establecida por esta Sala, la jurisprudencia no es fuente directa del Derecho" (citada por Molina, 2005: 347). Sin embargo, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en el artículo 178, establece el control de legalidad mediante el cual la Sala de Casación Social puede conocer de los fallos de los Tribunales Superiores del Trabajo que violenten o amenacen con violentar las normas de orden público o cuando la sentencia recurrida sea contraria a la reiterada doctrina de la Sala de Casación Social (Molina, 2005: 349).

De modo que según lo dicho, la jurisprudencia de Casación Social tendría el carácter de fuente de Derecho. La Sala Constitucional insiste, no obstante, también en sentencia del 18.06.03, exp. Nº 03-0183, que la fuerza obligatoria jurídica corresponde a las decisiones de la Sala Constitucional. En el caso de las demás Salas del Tribunal, considera que es una fuerza obligatoria de hecho. (Molina; 2005: 350).

3. Tribunales

A. Organización. En Venezuela el tribunal de más alto rango es el Tribunal Supremo de Justicia, que está integrado por 7 Salas: Sala Plena, Sala Constitucional, Sala Electoral, Sala Político-Administrativa, de Casación Civil, de Casación Social y de Casación Penal (artículo 262 de la Constitución). La Sala Constitucional está integrada por 7 magistrados; las otras Salas, excepto la Sala Plena, están formadas por 5 magistrados y la Sala Plena, por todos los magistrados del Tribunal, es decir, los 32 magistrados.

Este Tribunal, en cuanto a sus competencias, tiene jurisdicción judicial en las Salas de Casación, jurisdicción contencioso-administrativa en las

Salas Político-Administrativa y Electoral y jurisdicción constitucional en la Sala Constitucional. Tiene algunas atribuciones legislativas (especialmente en la iniciativa de algunas leyes), políticas y administrativas.

Por debajo del Tribunal Supremo de Justicia se encuentran, en la jurisdicción Civil, los Juzgados Superiores en lo Civil, Mercantil, etc. Después de los Juzgados Superiores vienen los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, etc. Y más abajo de ellos los Juzgados de Municipio, que pueden ser de Causa y de Ejecución. En la jurisdicción Penal, inmediatamente debajo del Tribunal Supremo de Justicia están las Cortes de Apelación en lo Penal; debajo de ellas, los tribunales de Primera Instancia en lo Penal, que pueden ser: de Control, de Juicio y de Ejecución y ahora los de Primera Instancia Municipal. Se ha comentado últimamente la tendencia a eliminar los juzgados de ejecución, pero esto no se hizo en la última reforma del Código Orgánico Procesal Penal de 2012. Lo que sí incluyó esa reforma fue la creación de nuevos Tribunales Penales Municipales, que ya se han comenzado a organizar. El citado Código dice que los Tribunales de Primera Instancia Municipal se establecerán mediante resolución del Tribunal Supremo de Justicia, con competencia para delitos cuya pena máxima sea de ocho años. Al comienzo del año 2015 sólo se han creado 22 de estos Tribunales, de unos 150 que están previstos.

B. *Determinación de la competencia.* Es necesario recordar que la *jurisdicción* es la actividad mediante la cual el Estado, a través de ciertos órganos llamados jurisdiccionales, se sustituye a los particulares y a otros órganos del Estado, con el fin de aplicar el Derecho. La *competencia* es la medida de la jurisdicción, es la capacidad para conocer sobre una materia o asunto. Los tribunales tienen *jurisdicción* en general y cada uno tiene *competencia* para determinar cuestiones. Ellos no son competentes para conocer de todos los casos. En materia Civil es necesario examinar tres criterios para determinar la competencia de un tribunal: territorio, materia y cuantía; de acuerdo a estas pautas se establece cuál es el tribunal competente para conocer de una causa. El territorio y la materia son criterios regulados por el Código de Procedimiento Civil (artículos 28, 40 y ss). En lo referente a la cuantía, el criterio ha ido variando a lo largo de los años. Actualmente, de acuerdo a la Resolución del Tribunal Supremo de Justicia 2009-0006, del 18.03.09, los tribunales de Municipio conocen de causas

cuya cuantía no exceda las 3.000 Unidades Tributarias. Los de Primera Instancia conocen por encima de las 3.000 U.T.; y los recursos y acciones que deba conocer el Tribunal Supremo de Justicia deberán exceder también las 3.000 U.T. (artículo 86 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010).

En materia Penal se examinan los criterios de territorio, que comienza por el lugar donde se cometió el delito (artículo 58 del Código Orgánico Procesal Penal de 2012) y sigue con otros criterios en defecto del anterior (Artículo 59). En cuanto a la materia, el Tribunal de Primera Instancia Municipal en funciones de Control conocerá de las causas cuando la pena de privación de libertad sea hasta de 8 años en su límite máximo; quedan excluidos delitos como el de homicidio, violación, etc. Corresponde a Tribunales de Primera Instancia Estadal en funciones de Control los delitos con penas cuyo límite máximo excedan de ocho años de privación de libertad y los delitos exceptuados del Tribunal de Primera Instancia Municipal (artículos 65 y 66 del Código Orgánico Procesal Penal de 2012).

C. *Primera Instancia y Recursos. Primera instancia* es el tribunal competente para conocer por primera vez de una causa. Hay que distinguir entre el nombre y la función de primera instancia, no sólo los tribunales *llamados* de primera instancia ejercen *función* de primera instancia; un tribunal de municipio es primera instancia para una causa civil que no exceda las 3.000 U.T. En cambio si excede esa cantidad, la causa irá en primera instancia a un Tribunal llamado de Primera Instancia.

Apelación o segunda instancia. Apelación es el recurso que se intenta contra una sentencia de primera instancia, ante el tribunal inmediato superior al que dictó la sentencia. Si la causa fue en primera instancia a municipio, la apelación se intentará ante un tribunal de primera instancia. En cambio si la sentencia de primera instancia es de un tribunal llamado de primera instancia, la apelación será ante un Juzgado Superior. Si la sentencia es de un juzgado de primera instancia en lo Penal, la apelación irá a una Corte de Apelación.

Casación. Este recurso no es una nueva instancia. Es un recurso extraordinario que se intenta contra una sentencia de segunda instancia,

ante el Tribunal Supremo de Justicia. En Casación sólo se conoce infracción de Derecho, no se plantean de nuevo los hechos.

Recurso de Invalidación. Es un recurso extraordinario en materia Civil, contra sentencias ejecutorias cuando concurra alguna de las causas enumeradas en el Código de Procedimiento Civil. Sería por ejemplo, la falsedad del instrumento en virtud del cual se haya dictado la sentencia. Se intenta ante el tribunal que haya dictado la sentencia ejecutoriada y la sentencia que se dicte, si prospera la invalidación, se comunicará para su cumplimiento al juez que haya conocido en primera instancia del juicio (artículo 327 y ss del Código de Procedimiento Civil).

Recurso de Revisión. Es un recurso que procede contra una sentencia firme en materia Penal y únicamente a favor del imputado y en los casos señalados en el Código Orgánico Procesal Penal. Uno de estos casos sería, por ejemplo, cuando la sentencia da por probado el homicidio de una persona cuya existencia, posterior a su presunta muerte, resulte probada (artículo 462 del Código Orgánico Procesal Penal de 2012).

Recurso de Revisión Constitucional. Es un recurso que se intenta ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para que revise una sentencia definitivamente firme de amparo constitucional, de control difuso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los demás tribunales, o por otra Sala del Tribunal Supremo de Justicia, o sentencias dictadas por otra de las Salas cuando se denuncie violación de principios constitucionales (artículo 336, numeral 10, de la Constitución de 1999 y artículo 25, numerales 10 y 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010).

Avocarse. (No abocarse, porque en Venezuela y en otros 7 países hispanoamericanos abocarse se entiende como entregarse de lleno a hacer algo o dedicarse al estudio de un asunto). Es la facultad que tiene la Sala Constitucional de tomar para sí el conocimiento y la resolución de una causa cuando se presuma la violación de principios constitucionales, siempre que no haya recaído sentencia definitivamente firme (artículo 25, numeral 16, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, 2010).

4. Sentencia Judicial [1]

A. *Partes de la sentencia.* Una sentencia comienza por la identificación del tribunal que la dicta, de las partes en el proceso, de la competencia del tribunal para conocer de la causa, etc. Y termina con la fecha en que se la dicta, la firma del juez o de los magistrados, si son varios, y algún voto salvado, si lo hay, o un voto concurrente razonado, si es el caso. Las partes principales de una sentencia son la *narrativa*, la *motiva* y la *dispositiva*. Todo lo señalado debe estar presente en la sentencia (artículo 243 Código de Procedimiento Civil de 1986), bajo pena de nulidad (artículo 244 y 246) y de no ejecutarse la sentencia (artículo 246).

La *narrativa* se refiere a todos los acontecimientos que han sido alegados y probados dentro del proceso. Debe ser una síntesis inteligente de lo ocurrido en el proceso, de los términos en que ha quedado planteada la controversia, y no una mera repetición mecánica de lo que consta en el expediente.

La parte *motiva* de la sentencia alude a la justificación de la decisión. Motivar una decisión es expresar sus razones, es defender el fallo, indicando el fundamento de las opciones adoptadas. Tiene que referirse a los alegatos de hecho y de Derecho de las partes y dejar sentado cómo se entenderán los hechos y cuál es el sentido que se dará a las normas jurídicas. Para establecer los hechos hay que ponderar y valorar las pruebas. Para determinar el Derecho aplicable hay que pasar por la etapa de interpretación de las normas; y si se declara laguna, hay que ir al proceso de integración. Tanto en relación con los hechos como con el Derecho, el juez tiene que hacer una elección entre varias opciones posibles de interpretación. En cada caso deberá tener una razón para preferir una opción u otra. Esto deberá explicarlo en la motivación.

La *dispositiva* es la decisión que se toma como consecuencia de todo lo anterior. Tiene que haber una vinculación de la parte dispositiva con las partes anteriores, pero al mismo tiempo tiene cierta existencia propia. Si

1 Esta parte sigue de cerca el capítulo 5 de *Lo racional y lo irracional en el Derecho*, 2009, de María Luisa Tosta, UCV, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas

bien debe estar relacionada con todo lo precedente, no es un fragmento del razonamiento de la motiva, sino que debe ser una parte independiente, que resulte ser una consecuencia de lo anterior. Es lo que se ordena, en vista de la argumentación previa. La decisión debe ser expresa, positiva y precisa; no debe resultar contradictoria, condicional o incurrir en ultrapetita. Es decir, que la decisión no debe conceder más de lo pedido, ni menos, ni una cosa diferente a lo solicitado. Debe aparecer claramente lo que se decide, sin contener ambigüedades.

B. *Doctrina del silogismo.* Se ha sostenido la tesis de que la sentencia es un silogismo. Se entiende por silogismo un razonamiento discursivo, deductivo, en el cual, puestas algunas cosas, resultan otras. Es un proceso intelectual que permite llegar a un conocimiento, que resulta de otros conocimientos anteriores llamados premisas. En el ejemplo clásico, procede de este modo: Premisa Mayor: *Todos los hombres son mortales;* premisa menor: *Sócrates es hombre;* Conclusión: *luego Sócrates es mortal.* De la mortalidad de los hombres se obtiene la mortalidad de Sócrates, gracias a la identificación de Sócrates como hombre. Es un razonamiento que va de lo general a lo particular; dados los dos primeros juicios, el tercero resulta necesariamente del mero hecho de que se den los primeros.

Quienes sostienen la tesis de que la sentencia es un silogismo, establecen las siguientes equiparaciones: como Premisa Mayor la norma jurídica, como premisa menor los hechos y como conclusión la parte dispositiva de la sentencia. Agregan un mecanismo de razonamiento que es denominado subsunción.

La subsunción de un caso en el supuesto de hecho de una norma es entendida como la operación intelectual por la cual el caso de autos es considerado como una parte del conjunto más amplio de los conceptos que integran el supuesto de hecho de la norma. Este supuesto de hecho encierra la descripción de una serie de elementos en presencia de los cuales procede una consecuencia jurídica, la cual puede consistir en deberes jurídicos, en la consecuencia de la norma secundaria, o sanciones por el incumplimiento del deber jurídico, en la consecuencia de la norma primaria. En otras palabras, se considera que el supuesto de hecho describe de manera general una situación, que da lugar a la consecuencia jurídica, y subsumir un caso

dentro de una norma consiste en declarar que un caso concreto, individual, es parte de la situación más amplia descrita en la norma.

C. *Crítica a la doctrina del silogismo.* Se han elaborado muchas críticas a la doctrina del silogismo. Lo primero que se ha dicho es que constituye una concepción mecánica de la aplicación del Derecho, excesivamente simplificadora, ya que la sentencia es algo mucho más complejo que un simple silogismo. Pero por encima de todo hay que decir que la sentencia no es un silogismo, porque el silogismo es un razonamiento deductivo sobre objetos ideales. En el ejemplo clásico de Sócrates, una premisa mayor trabaja con la clase de "todos los hombres"; de esa clase se predica que "son mortales". Luego en la premisa menor se habla de un miembro de esa clase, Sócrates, que forma parte de la clase de "todos los hombres". Por razones lógicas, al miembro particular de la clase le corresponde el mismo predicado que se atribuye a la clase en su conjunto. Si todos los hombres son mortales, un miembro de esa clase tiene que ser mortal. Es una mera tautología. No puede decirse lo mismo cuando se subsume el caso de autos en el supuesto de hecho de la norma. Las premisas del silogismo que sería la sentencia (el Derecho y los hechos) no son indiscutidas, ciertas, como en el silogismo clásico. El caso a juzgar es una situación compleja, respecto de la cual es necesario establecer el sentido de los hechos que la integran y el del Derecho que se considera aplicable, todo lo cual es justamente controvertido en el proceso.

Lo que emerge del proceso no es una simple parte del todo descrito en la norma. Se trata de una situación compuesta de muchos elementos debatidos. En ese debate, en ese alegar, probar y razonar de las partes, el juez tiene que tomar partido, tiene que interpretar tanto los hechos como el Derecho y debe justificar por qué establece una interpretación u otra. De modo que es muy difícil decir que hay una inferencia lógica inmediata en el pronunciamiento del juez. Los hechos del expediente presentan muchas variables, que normalmente exceden a lo previsto en la norma. Por lo cual no puede subsumirse el caso planteado en el supuesto de hecho de la norma.

Los recursos que existen contra las sentencias muestran claramente que la interpretación, tanto de los hechos como del Derecho, es discutible. Si el juez interpretó de una forma u otra un hecho o una norma jurídica, la parte que no está de acuerdo con esa interpretación puede apelar de la

sentencia. En cambio no se puede suponer que alguien apele la conclusión de que Sócrates es mortal ante otra autoridad. Que Sócrates es mortal es indudable, a partir de las premisas correspondientes, que no están en discusión. En cambio, que un hecho o una norma se interpreten de una forma o de otra, no es algo indiscutible. Por principio se establecen los recursos contra las sentencias, precisamente porque no se considera que la sentencia sea indudable.

Lo que el juez hace en realidad no es una inferencia inmediata, sino un *razonamiento por analogía*. Si encuentra que el caso por decidir es lo bastante parecido al supuesto de hecho de una norma, puede concluir que resulta *razonable* extender la consecuencia jurídica de esa disposición al caso planteado. La sentencia, por tanto, no es un silogismo, sino un razonamiento por analogía.

Resumiendo, *no hay unas premisas dadas*, indiscutibles, sino que los hechos y el Derecho son inciertos y hay que establecer una interpretación de ellos, entre varias opciones posibles. *La Ley no incluye todas las circunstancias* del caso planteado. *No hay, por tanto, la posibilidad de una inferencia inmediata* como en el silogismo. Por eso lo que el juez hace es escoger entre las opciones respecto de los hechos y del Derecho y tratar de *justificar* esas escogencias. Y luego decidir si el caso es lo bastante parecido al supuesto de hecho de la norma como para que sea *razonable* extender la consecuencia jurídica al caso de autos. No se trata de esquemas exclusivamente lógicos, como en el caso del silogismo, sino de un razonamiento por analogía.

5. Resolución administrativa

A. *Ubicación.* Es bueno recordar que los hechos jurídicos, por el agente que los realiza, se dividen en naturales y humanos. Los hechos humanos, realizados de manera voluntaria se denominan *actos jurídicos* y pueden ser lícitos e ilícitos. Dentro de los *lícitos* encontramos, entre otros, a los *actos administrativos* y dentro de los actos administrativos aparecen las *resoluciones administrativas.*

B. *Acto administrativo.* Es una declaración de voluntad, de juicio o de conocimiento, emanada de órganos de la administración, y que tiene por objeto producir efectos de Derecho, generales e individuales (Lares

Martínez, 1992: 160,161). Una declaración de voluntad se produce en la naturalización de un ciudadano, en la admisión de extranjeros, etc. En ese caso la autoridad tiene poder para una manifestación de voluntad. La declaración es de juicio cuando el funcionario emite una apreciación como producto de una operación matemática, por ejemplo. Es el caso cuando se expide una planilla de liquidación de impuesto. La declaración es de conocimiento cuando el funcionario deja constancia de algo que le consta, porque reposa en archivos, como cuando expide una copia certificada de un documento. Entre los autores ha habido discusión de si los efectos deben ser individuales o si pueden ser generales o individuales. En la legislación venezolana se admite que el acto administrativo puede tener efectos generales o individuales (artículo 259 de la Constitución y artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos). Los actos administrativos pueden ser: decretos, resoluciones, órdenes, providencias y otras decisiones dictadas por órganos administrativos (artículo 14 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos).

C. *Resoluciones administrativas.* Son decisiones de carácter general o particular adoptadas por los ministros por disposición del Presidente de la República o por disposición específica de la ley y debe ser suscrita por el ministro o ministros respectivos.

Las resoluciones administrativas, al igual que las leyes, los decretos, los reglamentos, o las sentencias, deben cumplir con una serie de requisitos para su elaboración. Deben encabezarse con señalamientos que sirven de identificación, indicarse el nombre del Ministerio o institución al que pertenece el órgano emisor del acto, así como el nombre de este órgano, debe señalarse lugar y fecha del acto dictado y el nombre de la persona u órgano a quien se dirige. Luego, resumen de hechos, razones y fundamentos legales. Después, la decisión del caso. Por último, nombre del funcionario o funcionarios que suscriben, su firma, sello de la oficina y publicación en la Gaceta Oficial.

6. Recursos Contencioso Administrativos

El Estado tradicional de Derecho cumple varias funciones: la función *legislativa,* que atiende a la creación de nomras jurídicas generales; la función *administrativa,* que se ocupa de satisfacer necesidades generales de

la población y de organizar los servicios públicos; y la función *jurisdiccional,* que tiene que ver con la aplicación de las normas jurídicas. Esta última función es la actividad del Estado que, a través de ciertos órganos, sustituye a los particules y a otros órganos del Estado, con el fin de aplicar el Derecho. Tal actividad *juridiccional* se desarrolla a través de tres vías: *jurisdicción judicial,* que culmina en el Tribunal Supremo de Justicia, en las Salas de Casación, cuando en un juicio se interpone el recurso de Casación: *jurisdicción contencioso-administrativa,* que en el Tribunal Supremo de Justicia termina en la Sala Político-Administrativa o en la Sala Electoral; y *jurisdicción constitucional,* que desemboca en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Es posible que la Administración realice actos irregulares en perjuicio de los administrados. Por esta razón existe un mecanismo de control para proteger a los particulares. Este sistema comprende los *Recursos Administrativos* y los *Contencioso Administrativos.*

A. *Recursos Administrativos.* Como dice Lares Martínez, el recurso administrativo es la impugnación de un acto administrativo por ante un órgano de la administración, que puede ser el propio autor del acto o su superior jerárquico (1992:729).

La ley Orgánica de Procedimientos Administrativos habla de las clases de recursos administrativos: reconsideración, jerárquico y de revisión (artículo 94). El de reconsideración procede contra actos administrativos particulares y se intenta por ante el funcionario que lo dictó (artículo 94). Cuando el órgano que dictó el acto decide no modificarlo, procede el recurso jerárquico, que se intenta directamente ante el Ministro (artículo 95). El recurso de revisión se intenta ante el Ministro respectivo, en los casos que señala la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (artículo 97).

B. *Recursos Contencioso Administrativos.* Se trata de la impugnación del acto administrativo general o individual ante los órganos jurisdiccionales (artículo 259 de la Constitución).

Lares Martínez señala 4 diferencias entre los Recursos Administrativos y los Recursos Contencioso Administrativos (1992: 778).

1. Por el órgano que conoce: los Recursos Administrativos ante órganos administrativos y los Contencioso Administrativos ante órganos jurisdiccionales.
2. Por el motivo que se alega: en el Administrativo son motivos de todo orden, en cambio en los Contencioso Administrativos hay que alegar infracción de Derecho.
3. Por el poder del órgano: En el Administrativo el órgano administrativo tiene amplios poderes, puede conceder incluso más de lo pedido; en cambio el órgano jurisdiccional tiene poderes limitados y no puede incurrir en *ultra petita*.
4. Por la decisión: en el Administrativo la decisión es un acto administrativo y en el Contencioso Administrativo la decisión es una sentencia.

Las clases de *Recursos Contencioso Administrativo*, según Lares Martínez (1988:170) son: *recurso contencioso de anulación*, que se interpone ante un órgano jurisdiccional y debe basarse en el hecho de que el acto es violatorio de una regla de Derecho. El otro tipo de recurso es *el de plena jurisdicción*, mediante el cual se pide al Tribunal donde se plantea el caso, que condene a la Administración al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios, originados por la responsabilidad de la Administración, para que se restablezcan las situaciones jurídicas lesionadas por la actividad de la Administración.

Los órganos para los Recursos Contencioso Administrativos son:

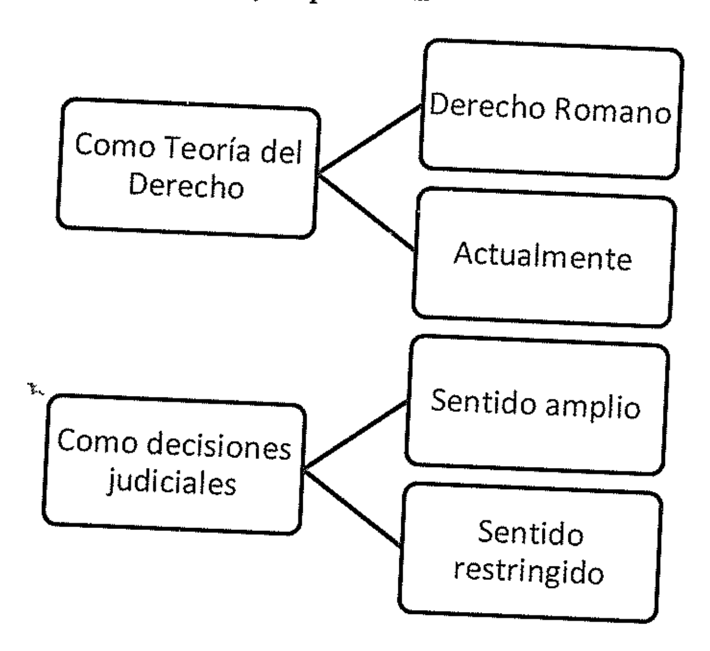
La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 266, numeral 5, de la Constitución). Máximo grado de jurisdicción en el contencioso administrativo.

Los Juzgados Nacionales Contencioso Administrativos, previstos en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010, pero que hasta la fecha no han sido creados. En su lugar, continúan funcionando las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo, que actúan a veces como Primera Instancia y en otras como Segunda Instancia, según los casos.

Los Juzgados Superiores Estadales Contencioso Administrativos, que no han sido creados en todos los estados y que continúan siendo los mismos Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo que existían antes de la Ley.

ESQUEMA DE LA JURISPRUDENCIA

1. Diversas acepciones de jurisprudencia



2. Carácter de fuente

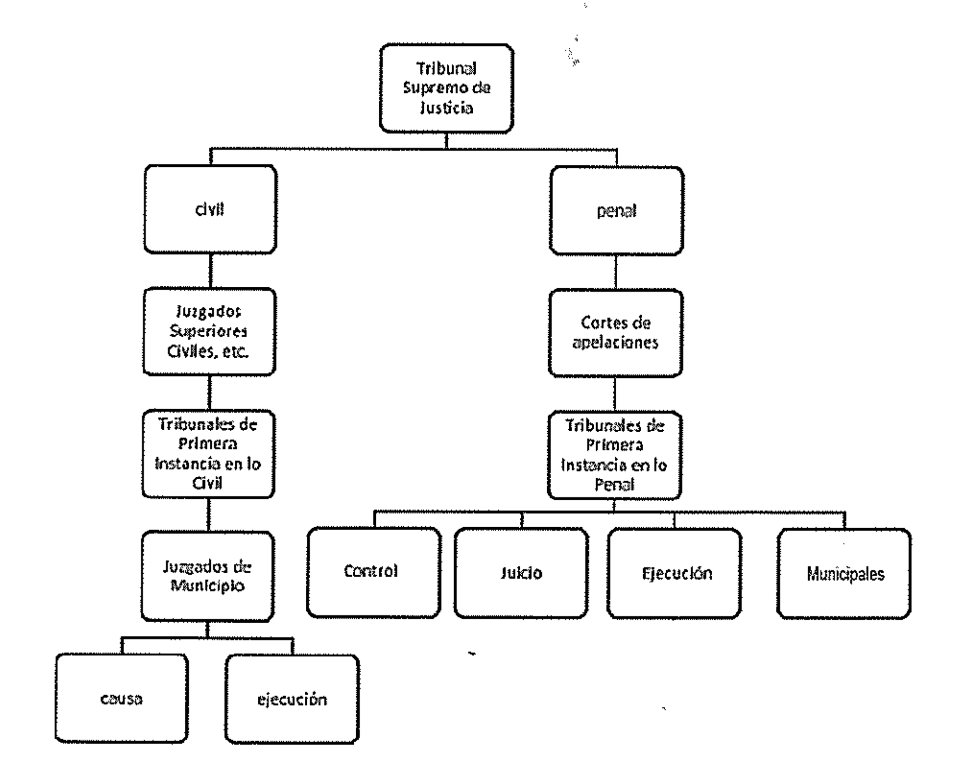
A. Como fuente material

B. Como fuente formal

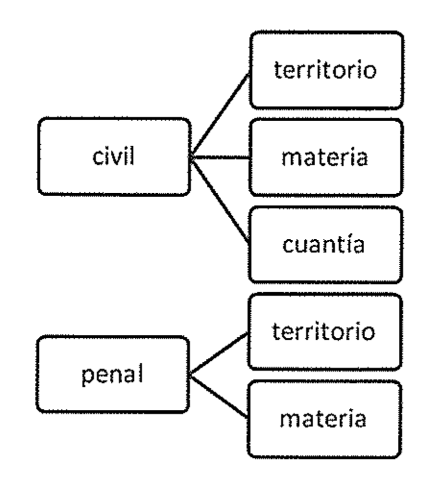
C. La jurisprudencia normativa

3. Organización de los Tribunales

A. Esquema:



B. Determinación de la Competencia



C. Primera Instancia y Recursos

Primera Instancia - Apelación – Casación – Recurso de Invalidación – Recurso de Revisión – Recurso de Revisión Constitucional – Avocamiento

4. **Sentencia Judicial**

A. Partes de la Sentencia

B. Doctrina del Silogismo

C. Crítica a la Doctrina del Silogismo

5. **Resolución administrativa**

A. Ubicación

B. Acto administrativo

C. Resoluciones administrativas

6. **Recursos Contencioso Administrativos**

A. Recursos Administrativos: Noción y Clases

B. Recursos Contencioso Adm : Noción
Diferencias
Clases
Órganos

CUESTIONARIO

1) ¿Podría citar casos en que la palabra jurisprudencia se usa como Teoría del Derecho?

2) ¿Qué diferencia hay entre jurisprudencia en sentido amplio y en sentido restringido?

3) ¿Qué significa que la jurisprudencia sea fuente material de Derecho?

4) ¿Cuándo la jurisprudencia es fuente formal de normas individuales y cuándo de normas generales?

5) Compare la situación de la jurisprudencia en el Sistema Continental y en el Sistema del *Common Law*.

6) ¿Qué es la jurisprudencia normativa?

7) ¿Cómo se sabe cuál es el tribunal competente para presentar una demanda Civil?

8) Si una causa va en primera instancia a un tribunal de municipio ¿quién conoce de la apelación?

9) Si una persona es condenada a 15 años de prisión y considera que ha sido injustamente condenada ¿qué recurso tiene y quién conoce de ese recurso?

10) ¿Es posible interponer un recurso de Casación de una decisión de un tribunal de municipio? Razone su respuesta

11) Hay una sentencia del 2.6.52, de la antigua Corte Federal, que dice:

"Advierte esta Sala a los Jueces de Primera y Segunda Instancia sobre el vicio en que incurren en la factura de la parte expositiva de las respectivas sentencias. Bien sabido es que por tal se entiende una síntesis expositiva de los elementos básicos del proceso, o sean, del libelo de demanda, las excepciones opuestas, la cosa objeto de litigio y las pruebas promovidas y evacuadas. Tal parte expositiva es una narración sucinta, compendiada, de estos elementos, hecha con claridad. Pues bien: tanto la recurrida como en el fallo de la primera instancia no se hace tal cosa, sino que se copian servilmente las actuaciones del expediente, esto es, el libelo de demanda, el auto que lo admite, la

reforma del libelo, el nuevo auto de admisión, la contestación de la demanda, todos los actos de sustanciación, los poderes respectivos, las partidas matrimoniales, la de defunción del de *cujus*, etc.etc. Esta corruptela va contra la decisión y la claridad del fallo y en perjuicio de su seriedad y majestad misma".

Diga ¿Cuál de las partes de la sentencia es la que se comenta en la cita? ¿Qué ocurrió en las sentencias mencionadas? ¿Cómo afecta el vicio a la sentencia?

12) Razone las críticas a la teoría del silogismo.

13) ¿Qué diferencias encuentra entre los Recursos Administrativos y los Contencioso Administrativos?

14) Noción y Clases de Recursos Administrativos

15) Noción y Clases de Recursos Contencioso Administrativos

CAPÍTULO 18

NEGOCIO JURÍDICO

La vida de toda persona se desarrolla dentro del Derecho y quizás los negocios jurídicos son unas de las normas que se presentan con mayor frecuencia. Cada día, sin darnos cuenta, estamos realizando negocios jurídicos cuando hacemos alguna compra, cuando usamos un medio público de transporte, etc. Puede decirse que es el instrumento que pone de continuo en contacto al hombre corriente con el Derecho. En el ámbito del Derecho Privado, los negocios jurídicos ocupan un lugar importante. Este capítulo examina su noción, los elementos que lo integran, las clases de negocios, etc.

1. Noción

A. *Hecho Jurídico, Acto Jurídico y Negocio Jurídico.* Como ya se ha hecho en otras oportunidades, es conveniente recordar la relación de la figura que se va a estudiar, el negocio jurídico, con el ámbito dentro del cual se puede ubicar. Una vez más hay que tener presente que el *hecho jurídico,* de acuerdo al agente que lo realiza, puede clasificarse en natural y humano. El hecho humano, cuando es voluntario, consciente, se denomina *acto jurídico.* Los actos jurídicos pueden ser lícitos e ilícitos y dentro de los actos jurídicos lícitos se encuentra, entre otros, el *negocio jurídico.*

B. Noción de negocio jurídico. Puede definirse el negocio jurídico como una o más declaraciones de voluntad, dirigidas a la producción de efectos jurídicos y que pueden determinar el contenido de esos efectos jurídicos, dentro de los límites que el Derecho establece.

Algunos autores, Castán Tobeñas, por ejemplo, hablan de declaraciones de voluntad privada cuando definen al negocio jurídico. Otros, es el caso de Messineo, incluyen la idea de voluntad privada, pero hablan de la existencia del negocio jurídico de Derecho Público. Si se está tratando del negocio jurídico en general, parece preferible mencionar declaraciones de voluntad a secas, que puede referirse a la voluntad de uno o más particulares, o del Estado y los particulares.

Esa declaración, o declaraciones si hay más de una, quieren la producción de efectos jurídicos, pero adicionalmente están en la posibilidad de determinar el contenido de tales efectos, mediante la declaración de voluntad. Se indica simplemente la posibilidad de determinarlos, porque pudiera suceder que la declaración no regulara, total o parcialmente, el contenido de los efectos, en cuyo caso los efectos se regularían por lo que establezcan leyes supletorias sobre el negocio jurídico correspondiente. Esta posibilidad de determinar el contenido de los efectos jurídicos es lo que distingue al negocio jurídico de los actos semejantes al negocio jurídico, en los cuales la declaración de voluntad es indispensable para la producción de efectos jurídicos, pero el contenido es regulado por la ley. Es el caso del matrimonio, por ejemplo.

Se señala finalmente que la declaración de voluntad puede determinar los efectos jurídicos dentro de los límites establecidos por el Derecho, porque si bien el ordenamiento jurídico faculta a la voluntad para determinar esos efectos, también le establece regulaciones y prohibiciones que no pueden ser desconocidas al hacer la declaración de voluntad. Por ejemplo, un menor de edad no tiene capacidad negocial, por tanto no puede celebrar negocios jurídicos válidos, a menos que su voluntad sea habilitada. Este es un límite del ordenamiento jurídico, que no puede ser ignorado.

Es de hacer notar que la legislación venezolana no prevé la figura del negocio jurídico, limitándose a la regulación de los contratos. La noción de negocio es más amplia que la de contrato. El contrato es un negocio jurídico, pero hay negocios jurídicos, como el testamento, que no constituyen contratos. Los negocios jurídicos pueden consistir en una sola declaración de voluntad, caso del testamento, o en dos o más declaraciones de voluntad. Para que haya contrato se necesita el acuerdo de dos o más voluntades. De modo que en la legislación venezolana la noción de negocio jurídico no está

regulada de manera general. Puesto que el contrato sí está regulado en el ordenamiento jurídico, pueden aplicarse esas disposiciones por analogía al caso del negocio jurídico, variando lo que haya que variar.

2. Elementos del negocio jurídico

Hay tres clases de elementos en el negocio jurídico: esenciales, naturales y accidentales. Los *esenciales* tienen que estar presentes para que haya negocio jurídico; los *naturales* están presentes en el negocio, a menos que se los excluya; los *accidentales* sólo están presentes si se los incluye. He aquí algunos ejemplos. Si no hay voluntad (*elemento esencial*), no hay negocio jurídico. Sería el caso de que se obtuviera el consentimiento de una persona, para realizar un contrato, mediante violencia. Ha faltado la voluntad. En la compra-venta está presente el saneamiento por evicción (*elemento natural*), a menos que se lo excluya (artículo 1.504 del Código Civil venezolano de 1982). Es decir, existe la obligación de indemnizar al comprador por la pérdida de su derecho, en virtud de derecho anterior ajeno, a menos que en el contrato se haya eliminado esta obligación. Una negociación está sometida a una condición (*elemento accidental*), sólo si se la incluye. Por ejemplo, si se establece un requisito a una persona para que conserve una beca. Ese requisito es una condición, que si no se incluye, no está presente en la concesión de la beca.

Los elementos esenciales pueden ser de dos clases: comunes y especiales. *Comunes* los que son indispensables en todo negocio jurídico; *especiales* los que son indispensables en cierto tipo de negocios. Son *esenciales comunes* a todo tipo de negocio jurídico la voluntad, el objeto y la causa. Los civilistas (por ejemplo, Maduro Luyando, 1967:462) suelen referir que estos tres elementos se corresponden con tres preguntas que habría que hacer: ¿Se ha querido? ¿Qué se ha querido? ¿Por qué se ha querido? Las tres preguntas plantean de forma muy sencilla, respectivamente, la voluntad, el objeto y la causa. Pero cuando se estudian con detenimiento, las nociones no son tan sencillas como sugieren las preguntas. Especialmente resulta difícil distinguir el objeto de la causa.

La voluntad es la expresión del querer del sujeto que realiza el negocio jurídico. El Código Civil venezolano, puesto que habla de contratos y no de negocios jurídicos, como ya se señaló, menciona el consentimiento en

lugar de la voluntad (artículo 1.141). Naturalmente, si se necesitan dos voluntades que estén de común acuerdo para que haya contrato, resulta comprensible que se hable de consentimiento. Pero hablando del negocio jurídico en general, lo lógico es que se hable de voluntad, ya que puede haber negocio jurídico con una sola declaración de voluntad, como el caso del testamento.

Los requisitos de la voluntad son la capacidad y que ella no esté afectada por un vicio del consentimiento (artículo 1.142 y ss del Código Civil). Si el sujeto que emite la declaración no tiene capacidad de ejercicio, el negocio puede ser anulado.

Los vicios que pueden afectar la voluntad son el error, el dolo y la violencia. El error supone un conocimiento falso respecto de algo. Puede haber error de Derecho, cuando se tiene una información sobre alguna disposición jurídica que no se corresponde con la realidad y que ha sido la causa única o principal del negocio. Hay también el error de hecho, que se produce cuando la equivocación se refiere a una cualidad o circunstancia de la cosa, que se considera esencial, o de la identidad o las cualidades de una persona que participa en el negocio jurídico, siempre que esas cualidades sean la causa única o principal del negocio.

El dolo consiste en maquinaciones practicadas por una de las partes en el negocio, o de un tercero, con conocimiento de ese participante en el negocio, de tal manera que sin ellas la otra parte no hubiera realizado el negocio. Esas maquinaciones pueden consistir en provocar una información falsa, de modo que habría un error inducido.

La violencia son las amenazas de causar un mal notable a la persona que declara su voluntad, o a sus bienes, o a la persona o bienes del cónyuge, de un descendiente o de un ascendiente de la persona que emite la declaración.

El objeto del cual se habla en el negocio jurídico puede referirse al objeto del negocio o al objeto de una obligación. El objeto del negocio es la operación jurídica que se quiere realizar. Por ejemplo, una compra venta. El objeto de la obligación es la prestación o contenido de la obligación, que puede consistir en dar, hacer o no hacer. Por ejemplo, el contenido de una obligación puede ser entregar una cantidad de dinero.

Los requisitos del objeto: que sea posible, lícito, determinado o determinable (artículo 1.155 del Código Civil).

La causa del negocio jurídico puede ser entendida como causa objetiva o como causa subjetiva. La causa objetiva, a su vez, puede ser causa del negocio, la función económico social del negocio, por ejemplo, la traslación de la propiedad de un objeto, de un sujeto a otro; o puede referirse a la causa de la obligación, que es el fin perseguido al contraer una obligación, por ejemplo, la causa de la obligación de entregar una suma de dinero es adquirir una casa. Si la causa se entiende en sentido subjetivo, se hace referencia a los motivos particulares de una persona, por ejemplo, la necesidad de adquirir un inmueble para vivir allí, o para poner un local de comercio.

Los requisitos de la causa son: que exista, que sea verdadera y lícita. La causa se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario, de modo que no es necesario que se exprese. La causa es ilícita cuando es contraria a la ley, a las buenas costumbres o al orden público.

En cuanto a la noción de causa que acoge la legislación venezolana, la situación es confusa. En vista de que lo que regula el Código Civil es el contrato, el título del párrafo referido a la causa se titula "de la causa de los contratos". Esto podría inducir a pensar en una causa en sentido objetivo, causa del contrato o del negocio. Pero cuando habla luego de la causa ilícita, es necesario pensar en una causa subjetiva, en unos motivos que pueden ser ilícitos. Porque si se revisan los sentidos de la causa objetiva, del contrato o del negocio, la función económico-social del contrato o del negocio; o de la obligación, fin perseguido al contraer una obligación, se observará la dificultad de que la causa así entendida sea contraria a la ley, a las buenas costumbres o al orden público. Parece que la causa ilícita se produce en el caso de la causa subjetiva. Por ejemplo, si una persona compra una casa, la causa del contrato será la de lograr el traslado de la propiedad del vendedor al comprador. Si se piensa en la causa de la obligación del comprador, él entrega una suma de dinero para adquirir a cambio la casa. Si se piensa en la causa en sentido subjetivo, los motivos personales de ese comprador, pudiera suceder que desea adquirir la casa para poner un negocio contrario a las buenas costumbres. Es aquí donde podría encontrarse la ilicitud de la causa.

Elementos esenciales especiales. Son dos: la entrega y la forma. En el Derecho Romano se habla de negocios consensuales, reales y solemnes. En los consensuales basta el consentimiento para perfeccionar el negocio. En los reales se necesita la entrega de la cosa para que quede perfeccionado el negocio. En los solemnes hace falta el cumplimiento de una formalidad para su perfeccionamiento. De modo que en los reales y en los solemnes hay elementos esenciales especiales: la entrega y la forma, respectivamente.

El caso del depósito es un buen ejemplo de un negocio real y de un negocio que tiene un elemento natural. En cuanto a lo último, dice el Código Civil (artículo 1.751) que el depósito, que se refiere sólo a cosas muebles, es un contrato gratuito, salvo convención en contrario. De modo que la gratuidad es un elemento natural que está presente en el depósito, salvo que se lo excluya expresamente. Cuando se hace un contrato de depósito, habría que indicar expresamente el carácter oneroso, porque de lo contrario, lo natural es que sea gratuito. Es un contrato real porque el Código Civil también señala que el contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa. Es decir, que mientras no se entregan los muebles que han de ser custodiados, no hay contrato de depósito. Es, pues, un negocio real.

En cuanto a los negocios solemnes, se necesita el cumplimiento de una formalidad para que exista el negocio. Formas hay varias en Derecho, pero sólo una de ellas es la que perfecciona el negocio solemne. Algunas de las formas en Derecho son la probatoria, la publicitaria, la habilitante y la solemne. Sólo esta última es necesaria para ciertos negocios. Puede que una forma sirva para probar la existencia de una obligación, como cuando se extiende un recibo; o que sirva para hacer del conocimiento de terceros la existencia de un contrato, como cuando se registra en una oficina de registro público (artículo 1.917 del Código Civil, por ejemplo); o que subsane la incapacidad de una persona para realizar un acto, como la autorización de los padres a un menor de edad para aceptar un contrato de trabajo; y por último, la forma solemne, necesaria para los negocios solemnes. Por ejemplo, en el testamento abierto ante testigos, todos ellos firmarán el testamento, y dos por lo menos, reconocerán judicialmente su firma y el contenido del testamento, dentro de los seis meses siguientes al otorgamiento, bajo pena de nulidad (artículo 855 del Código Civil). Todas

las formalidades relativas a los testigos, en este caso, son necesarias para la validez del testamento. Otro ejemplo es el caso de la hipoteca, que no existe hasta que no se cumpla con la formalidad de registrar (artículo 1.879 del Código Civil).

De modo que en resumen, los elementos esenciales especiales son la entrega del objeto y el cumplimiento de una formalidad solemne. En los negocios reales y en los solemnes, el elemento esencial especial que corresponda es indispensable para que haya negocio, además de los esenciales comunes, como son voluntad, objeto y causa.

En cuanto a los *elementos naturales*, baste con lo dicho y con los ejemplos señalados, la gratuidad en el caso del depósito y el saneamiento por evicción en la compra venta (artículos 1.751 y 1.504 del Código Civil).

Los elementos accidentales son tres: condición, plazo o término y modo o carga. La *condición* es un hecho futuro e incierto del cual se hace depender el inicio o la extinción de la existencia de una obligación (artículo 1.197 del Código Civil). La condición puede ser suspensiva o resolutoria (artículo 1.198). La condición es suspensiva cuando de ella depende que comience a existir la obligación. Es resolutoria cuando de ella depende la extinción de la obligación. Por ejemplo, si se hace una promesa u oferta de financiar un postgrado en el exterior, siempre que un estudiante se gradúe *summa cum laude*. La existencia de la obligación comienza si se cumple el hecho futuro e incierto de la graduación *summa cum laude*. En el caso de que se otorgue una beca a un estudiante, siempre que no resulte reprobado en sus exámenes, se ha establecido una condición resolutoria ya que, de producirse el hecho futuro e incierto de la reprobación en exámenes, se extingue la obligación.

El *término o plazo* es un hecho futuro pero cierto del cual se hace depender el inicio o el fin de la ejecución de la obligación (artículo 1.211 del Código Civil). De modo que no se trata de la existencia misma de la obligación, como en la condición, sino del momento en el cual se puede comenzar o terminar de ejercer la obligación. El término puede ser inicial o final. Por ejemplo, si una persona recibe un préstamo de dinero y se obliga a devolverlo en el plazo de un año, la obligación puede exigirse sólo al finalizar el año. Se trata de un término inicial, para comenzar a exigir la

obligación. La obligación existe desde el principio, pero no es exigible. El término sería final si, por ejemplo, existe la obligación de aceptar el retiro de materias durante un plazo de tres meses. Cumplido el plazo, ya no se puede ejercer el derecho.

El *modo o carga*. Es una obligación impuesta al beneficiario de una liberalidad. Por ejemplo, se deja mediante legado a una persona, un inmueble, lo cual constituye una liberalidad, pero se le establece la obligación de permitirle vivir en ese inmueble a una persona anciana, mientras viva; esta obligación que se agrega al legado es un modo o carga.

3. Clasificación de los negocios jurídicos.

A título gratuito u oneroso. Es a título gratuito si no se busca una ventaja económica y oneroso en el caso de que sí se busque.

Unilaterales, bilaterales, plurilaterales. Esta clasificación depende de si el negocio jurídico consta de una, dos o más declaraciones de voluntad. Un contrato es un negocio jurídico al menos bilateral, pero hay que distinguir que, a su vez, los contratos pueden ser unilaterales o bilaterales, no ya por el número de declaraciones de voluntad, sino dependiendo de si se obliga una o las dos partes.

Abstractos y causales. En los negocios abstractos no se expresa la causa, en los causales sí se expresa. Por ejemplo, en los títulos negociables (cheques, pagarés, etc) no se expresa la causa y por tanto son abstractos, en cambio en la compraventa sí suele expresársela. En un cheque se dice que se pague a determinada persona una cantidad de dinero, pero no se expresa por qué hay que pagarle. Hay que recordar que la causa, aunque no se exprese, se presume existente, mientras no se pruebe lo contrario (artículo 1.158 del Código Civil).

Solemnes y no solemnes. Son solemnes los negocios cuando necesitan el cumplimiento de una formalidad del tipo solemne para su existencia. Se habla de consensuales cuando basta el consentimiento para ello.

Inter vivos y mortis causa. *Inter vivos* son los que producen efectos en vida de las personas; *mortis causa* cuando los efectos se producen por causa de la muerte. Por ejemplo, el testamento es mortis causa, en cambio, quien toma

un seguro de vida, tiene que pagar la póliza en vida y el beneficiario cobra por la muerte de la persona, de modo que será mixto.

Nominados e innominados. Nominados son los negocios que están regulados en la ley; innominados los que no están regulados, rigiéndose sólo por la declaración de voluntad.

Patrimoniales y no patrimoniales. Esta clasificación depende de que tengan contenido económico o no. Por ejemplo, una compra-venta es susceptible de valoración económica, pero lo relativo al derecho al nombre de una persona es no patrimonial.

4. Efectos de los negocios

Los negocios jurídicos son una norma jurídica como cualquier otra, como la ley, por ejemplo, que tienen carácter de coercibilidad. En otras palabras, que los negocios creados por los particulares cuentan con el respaldo del aparato coactivo del Estado. Se puede acudir a un Tribunal y exigir que se hagan cumplir las obligaciones allí establecidas, de manera forzosa.

Dice el Código Civil que los negocios jurídicos tienen fuerza de ley para los particulares. Deben cumplirse las obligaciones exactamente como han sido contraídas. El incumplimiento acarrea para el deudor la responsabilidad por daños y perjuicios (artículos 1.159 y 1.264 del Código Civil).

5. Terminación de los negocios jurídicos

Los negocios jurídicos pueden terminar por declaratoria de *nulidad*, por ejemplo si falta alguno de los requisitos esenciales, o incumplimiento de los requisitos de alguno de los elementos, por ejemplo, si hay un vicio de la voluntad. La nulidad puede ser absoluta o relativa. La absoluta se produce cuando se ha afectado el interés público, no es subsanable y la acción es imprescriptible. La nulidad relativa se produce cuando se afecta un interés privado. Es subsanable, si no se solicita la nulidad. La acción prescribe en 5 años (artículo 1.346 del Código Civil). Es necesario ejercer la acción de nulidad para que el negocio se declare nulo.

Revocación. Es dejar sin efecto una declaración de voluntad por decisión del otorgante o de los otorgantes. Por ejemplo, las donaciones entre cónyuges son siempre revocables por la sola voluntad del donante (artículo 1.451 Código Civil). En el caso del contrato, no pueden revocarse sino por mutuo consentimiento (artículo 1.159). Al mutuo disentimiento se le suele llamar *disolución.*

Resolución. Debe solicitarse al juez, el cual dejará sin efecto una relación jurídica cuando una de las partes no cumpla su obligación y la otra parte lo solicita (artículo 1.167 Código Civil).

Rescisión por lesión se produce cuando ha resultado lesionada una de las partes con el negocio; el juez priva de efectos un contrato en los casos y bajo las condiciones de la ley (artículo 1.350 del Código Civil).

6.Extinción de las obligaciones

Las obligaciones de un negocio jurídico pueden extinguirse por el *pago,* es decir, el cumplimiento de la obligación; por *novación,* por transformación de la deuda, del acreedor o del deudor, por ejemplo por la cesión de un crédito que haga el acreedor a otra persona; por *compensación,* cuando hay igualdad entre lo dado y lo recibido, si dos personas realizan negocios y una debe a la otra, pero a la vez el deudor tiene una acreencia por la misma cantidad contra su acreedor; por *confusión,* cuando se reúne en una persona la condición de acreedor y deudor, digamos el caso de un acreedor hipotecario que reciba la propiedad del inmueble hipotecado; por *remisión,* que significa perdonar o liberar de una obligación; por *condición resolutoria,* cuando se produce el hecho futuro e incierto; por *prescripción extintiva,* modo de perder un derecho por el transcurso del tiempo y el cumplimiento de requisitos establecidos en la ley.

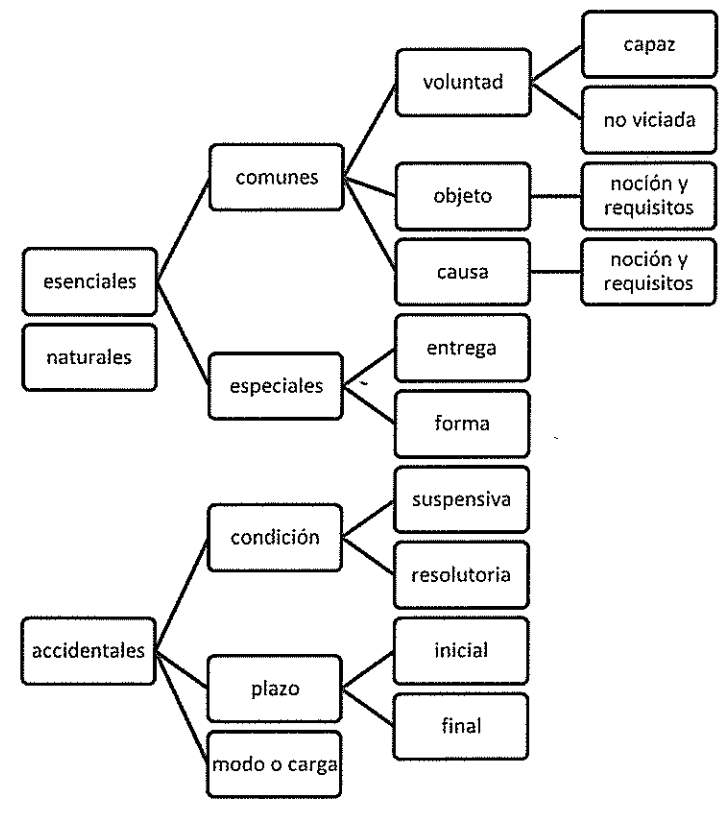
ESQUEMA DEL NEGOCIO JURÍDICO

1. Noción

A. Hecho jurídico, acto jurídico y negocio jurídico

B. Noción de negocio jurídico

2. Elementos del negocio jurídico



3. Clasificación de los negocios jurídicos

A título gratuito u oneroso

Unilaterales, bilaterales, plurilaterales

Abstractos y causales

Solemnes y no solemnes

Inter. vivos y mortis causa

Nominados e innominados

Patrimoniales y no patrimoniales

4. Terminación de los negocios jurídicos

Nulidad absoluta
relativa

Revocación y disolución

Resolución

Rescisión por lesión

5. Extinción de las obligaciones

Pago

Novación

Compensación

Confusión

Remisión

Condición resolutoria

Prescripción extintiva

CUESTIONARIO

1. ¿Cómo distingue el negocio jurídico del acto jurídico y del acto semejante al negocio jurídico?
2. ¿Cómo puede estar viciada una voluntad en el negocio jurídico?
3. ¿Cómo distingue usted los elementos esenciales comunes y los esenciales especiales?
4. ¿Cómo se distinguen los elementos naturales y los accidentales?
5. El artículo 1.504 del Código Civil dice: "Aunque en el contrato de venta no se haya estipulado el saneamiento, el vendedor responderá al comprador de la evicción que le prive del todo o parte de la cosa vendida y de las cargas con que se pretenda gravarla que no hayan sido declaradas en el contrato" ¿A qué tipo de elemento del negocio jurídico se refiere ese artículo? ¿Por qué?
6. ¿Podría usted distinguir la causa en sentido objetivo y en sentido subjetivo?
7. ¿Cuáles son los requisitos del objeto y los de la causa?
8. Si a todos los alumnos que se gradúan en la Universidad, la Institución les ofrece una beca de postgrado que se comenzará a pagar a partir de la graduación ¿ese negocio está sometido a condición o a plazo?
9. Si una persona toma un seguro de vida ¿ese negocio es inter vivos o mortis causa? Explique por qué.
10. ¿Un contrato unilateral es un negocio jurídico unilateral? Razone su respuesta.
11. ¿Cómo distingue usted la terminación de un negocio por revocación, de la terminación por resolución?
12. Si una obligación se extingue por compensación y otra por confusión ¿cómo distinguiría ambos casos?

CAPÍTULO 19

APLICACIÓN DEL DERECHO

En el momento de emplear las normas jurídicas en casos concretos, habrá que tomar en consideración una serie de preceptos prácticos, especialmente en el caso de los jueces. Resultará preciso distinguir lo que es la interpretación de reglas jurídicas, de la integración del Derecho y de los problemas que se derivan de la aplicación del ordenamiento jurídico en el tiempo y en el espacio. Hay que saber escoger la norma apropiada en cada caso y cómo entender los principios que rigen esta elección.

1. Introducción

Este capítulo entra de lleno en algo práctico en relación con el Derecho, porque ya no se trata del mero análisis de las normas jurídicas, sino hacer que las normas regulen los casos concretos. La legislación ha establecido una serie de principios para los jueces al momento de cumplir esta tarea, principios que se examinarán aquí. Se verán también las relaciones entre la *aplicación*, la *interpretación* y la *integración* del Derecho, actividades que están muy ligadas, pero que tiene cada una su ámbito propio, así como los escollos que plantea la aplicación de las normas en un territorio y en una época dados.

Aplicar el Derecho supone decidir si la consecuencia jurídica de una norma puede regir para un caso planteado, si puede adaptarse lo previsto para la situación descrita en la norma a un caso particular. *Interpretar* significa determinar el sentido y el alcance de una norma. Se puede interpretar el Derecho sin que esté planteado aplicar una norma, pero no al revés, no se puede aplicar un precepto sin interpretarlo, pues al decidir si es posible regular el caso concreto con la norma general, de alguna manera se está determinando lo que significa esa norma y qué casos abarca, para

poder aplicarla. Cuando se distinguen estas funciones hay la tendencia a suponer que puede darse el caso de una simple aplicación de la norma, una situación en la cual ella no se preste a dudas o incertidumbres y sólo habría que "subsumir" la situación planteada en el supuesto de hecho de la norma general. Pero ya al hablar de la sentencia se dijo que la famosa "subsunción" en realidad consiste en decidir si el caso planteado se asemeja lo suficiente a la norma general, como para extender a él la consecuencia jurídica de la norma. Y por más clara que sea una norma, su aplicación siempre significa entenderla de algún modo y delimitar su alcance.

En cuanto a la *integración*, ésta supone que quien va a aplicar el Derecho declare laguna, falta de previsión, y proceda a llenar el vacío. Pero resulta que el principio de plenitud hermética del ordenamiento jurídico dice que nadie está obligado a hacer lo que no está expresamente ordenado, ni impedido de realizar lo que no está claramente prohibido. Este principio es indispensable para que haya certeza, seguridad, de cómo actuar en cada momento. Y dado que lo que no está prohibido está permitido y lo que no está ordenado nos deja en libertad de acción, lógicamente es imposible que existan lagunas. Siempre se sabrá si se puede realizar o no una conducta. De lo que se trata, en realidad, en esto de las lagunas, es de la concesión de facultades al juez para que modifique el Derecho existente. Al permitírsele declarar laguna, él puede decidir según su criterio. Y desde luego, este poder de decisión está presente en el proceso de aplicación del Derecho y de interpretación, pero muy especialmente en el proceso de integración. De modo que las facultades del juez relacionan las diferentes etapas, además de que no es posible aplicar sin interpretar y de que la declaratoria de laguna tiene lugar en la aplicación y en una peculiar interpretación del Derecho. Vemos que las tres fases están íntimamente relacionadas, aunque es posible y necesario distinguir cada etapa.

2. Teoría tradicional de la aplicación del Derecho

La teoría tradicional entiende que la tarea de aplicación del Derecho se reduce a la aplicación de las leyes, hecha por los tribunales, y mediante la elaboración de un silogismo, donde la premisa mayor es la ley, la premisa menor el caso planteado y la conclusión es lo que decide el tribunal.

Como ya se señaló en el capítulo relativo a la jurisprudencia, esta tesis ha sido objetada por muchos tratadistas. Se observa en primer lugar, que no sólo las leyes se aplican; todas las normas jurídicas son susceptibles de aplicación. Por otra parte, es una tarea realizada no sólo por los jueces, sino también por los legisladores, que crean normas al aplicar la Constitución; por los funcionarios, que al aplicar las leyes, crean actos administrativos; por los particulares, que crean negocios jurídicos, dentro del marco legal. Todas las normas del sistema pueden ser aplicadas por diferentes personas.

En cuanto a la tesis de la sentencia como un silogismo, vale la pena recordar los argumentos en contra de ella. Es una doctrina que simplifica indebidamente el proceso de elaboración de una sentencia, que en realidad resulta complicado por la necesidad de tener presentes, al mismo tiempo, las leyes y los hechos. Para calificar los hechos como jurídicos o antijurídicos, es necesario tener conocimiento del Derecho en general. Pero para determinar la ley que se va a utilizar para el caso concreto, es necesario conocer las circunstancias del caso planteado. Hay que tener presente, de manera simultánea, los hechos y el Derecho. Y al tenerlos presentes hay que ir interpretando tanto lo que significan las normas, como el sentido de los hechos. La labor de interpretación de hechos y de normas implica escoger entre varias posibilidades y justificar la escogencia en cada caso.

Es decir, que en un proceso judicial están en discusión tanto los hechos como el Derecho. De modo que no se trata de premisas dadas de antemano e indiscutibles, sino de circunstancias que van emergiendo del proceso mismo De este modo, de las premisas no se deriva de forma incuestionable la conclusión, sino que se requiere de un trabajo lento de argumentación. Y la famosa "subsunción" del caso en la ley, es más bien un razonamiento por analogía, en el cual se establece si hay suficiente similitud entre el caso de autos y el del supuesto de hecho de la norma que se pretende aplicar, como para considerar razonable extender la consecuencia jurídica de la norma al caso planteado. La decisión que el juez dicta en esta labor no resulta de una inferencia inmediata, necesaria, a partir de las premisas, sino que es el producto de una decisión que hay que justificar y que da derecho a ejercer recursos ante otros tribunales, como la apelación y la casación, que se pronunciarán nuevamente sobre el caso, y que podrán, eventualmente, revocar el fallo anterior. Esto muestra que la sentencia dictada por el juez

no es indiscutible, como la conclusión del silogismo, sino más bien la escogencia entre opciones, que debe resultar razonable. Esta es la crítica a la teoría tradicional de la aplicación del Derecho.

3. Principios para los jueces

A. Obligación de administrar justicia. Los jueces tienen la obligación de administrar justicia, en la medida en que las leyes determinen su competencia para conocer de un asunto (artículo 1 del Código de Procedimiento Civil venezolano de 1986). Si se abstienen de decidir alegando silencio, contradicción o deficiencia de la ley, oscuridad o ambigüedad en sus términos, o si retardan ilegalmente dictar alguna providencia, serán penados por denegación de justicia (artículo 19 del Código de Procedimiento Civil).

B. Competencia del juez. El juez debe tener competencia para conocer de un caso. La jurisdicción y la competencia son establecidas por la ley. Todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos tienen competencia para un caso determinado. La competencia es una medida de la jurisdicción. La falta de jurisdicción se declara aún de oficio, en cualquier estado e instancia del proceso (artículo 59 del Código de Procedimiento Civil). La falta de competencia por la materia y por el territorio se declara aún de oficio, en cualquier estado e instancia del proceso. La falta de competencia por el valor se declara aún de oficio, en cualquier momento del proceso en primera instancia (artículo 60 del Código de Procedimiento Civil).

C. *Publicidad de la actividad procesal.* Los actos del proceso serán públicos, pero se procederá a puertas cerradas cuando así lo determine el tribunal, por motivo de decencia pública (artículo 24 Código de Procedimiento Civil).

D. Actuación de oficio o a instancia de parte. En materia procesal la actuación del juez puede estar regulada por dos principios diferentes, el principio inquisitorial y el principio dispositivo. Si el proceso está dominado por el principio inquisitorial, el juez lleva adelante el proceso por sí mismo; se dice que el juez actúa de oficio. Si, en cambio, prevalece el principio dispositivo, el juez espera que las partes impulsen el proceso. En nuestro Derecho hay elementos de ambos principios. Así, por ejemplo, en materia Civil, son elementos del principio dispositivo el inicio del proceso, que no

puede tener lugar sino previa demanda de parte, con la excepción de que puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice, o puede dictarse alguna providencia legal, aunque no la soliciten las partes, en resguardo del orden público o de las buenas costumbres (artículo 11 Código de Procedimiento Civil).

Otro elemento dispositivo se refiere a la limitación que tiene el juez de atenerse a lo alegado y probado en autos por las partes, sin poder considerar elementos de convicción fuera de los autos (artículo 12 del Código de Procedimiento Civil). De modo que los términos del debate serán fijados por las partes. Sin embargo, hay un elemento inquisitivo cuando el juez, concluido el lapso probatorio, puede ordenar de oficio una serie de diligencias que la ley prevé (artículo 401 código de Procedimiento Civil). Y hay también una disposición que dice que "el juez es el director del proceso y debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión a menos que la causa esté en suspenso por algún motivo legal" (artículo 14 código de Procedimiento Civil).

La carga de la prueba corresponde a las partes, en virtud de que la ley dispone que "quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación" (artículo 1.354 del Código Civil de 1982).

E. Criterios para decidir. El juez debe tener por norte de sus actos la verdad. Debe atenerse a las normas del Derecho, a menos que la ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad (cuando las partes de común acuerdo así lo soliciten y la controversia se refiera a derechos disponibles) (artículo 13 del Código de Procedimiento Civil). También la controversia puede ser decidida por árbitros y no por un juez. Hay dos clases de árbitros. Los árbitros de Derecho deben observar el procedimiento legal; los árbitros arbitradores pueden proceder con entera libertad, atendiendo principalmente a la equidad (artículo 618 del Código de Procedimiento Civil). El juez puede fundar su decisión en conocimientos de hecho comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia. En la interpretación de contratos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, se atendrán al propósito y a la intención de las partes, de acuerdo a las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe (artículo 12 del Código de Procedimiento

Civil). No podrán declarar con lugar la demanda sino cuando exista plena prueba de los hechos alegados en ella. En caso de duda, sentenciarán a favor del demandado y, en igualdad de circunstancias favorecerán la condición del poseedor. Siempre deberá indicarse la ley aplicable al caso, la formalidad a que se haya faltado o el juez a quien deba ocurrirse (artículo 254 del Código de Procedimiento Civil).

F. *Autoridad de cosa juzgada.* Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente (numeral 7 del artículo 49 de la Constitución).

"La autoridad de cosa juzgada no procede sino respecto de lo que ha sido objeto de la sentencia. Es necesario que la cosa demandada sea la misma; que la nueva demanda esté fundada sobre la misma causa; que sea entre las mismas partes, y que éstas vengan al juicio con el mismo carácter que en el anterior" (último aparte del artículo 1.395 del Código Civil).

En materia Civil, ningún juez podrá volver a decidir la controversia ya decidida por una sentencia, a menos que haya recurso contra ella o que la ley expresamente lo permita (artículo 272 del Código de Procedimiento Civil). La sentencia definitivamente firme es ley de las partes en los límites de la controversia decidida y es vinculante en todo proceso futuro (artículo 273 del Código de Procedimiento Civil), excepto lo que es materia del recurso de invalidación. Y del recurso de revisión constitucional.

En materia Penal, concluido el juicio por sentencia firme no podrá ser reabierto, excepto en el caso de revisión conforme a lo previsto en el Código Orgánico Procesal Penal de 2012 (artículos 462 y siguientes) y al recurso de revisión constitucional (artículo 25, numerales 10 y 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010).

La autoridad de cosa juzgada es un principio básico para que haya seguridad jurídica en una sociedad. En Venezuela existe el recurso de revisión constitucional, que de alguna manera puede vulnerar la autoridad de cosa juzgada. Los recursos de invalidación en materia Civil y de revisión en materia Penal, están previstos para situaciones excepcionales, muy bien delimitadas en las leyes correspondientes. Además, el recurso extraordinario de invalidación está sometido a unos lapsos bien definidos, que permiten

luego el efecto de cosa juzgada. Por su parte el juicio de revisión en materia Penal sólo puede intentarse a favor del imputado, lo cual constituye una garantía importante. En cambio el recurso de revisión constitucional no está sujeto a lapso de caducidad y los casos en que puede ser intentado no son muy precisos. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 11.03.05 dictó la sentencia Nº 233, por la cual se anulaba una sentencia de la Sala Plena del mismo Tribunal del 14.08.02, por incompetencia de la Sala Plena para conocer del caso, a juicio de la Sala Constitucional, no obstante que la Constitución establece en el 266, numeral 3, que la Sala Plena es competente para declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento, entre otros, de los oficiales generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional, lo cual era el caso. Por otra parte, el recurso no fue a favor de los imputados, como lo exigía el artículo 470 del Código Orgánico Procesal Penal del 2001, vigente para aquel año, (artículo 462 del actual Código de 2012). A los funcionarios se les había dictado sobreseimiento por no haber motivo para el enjuiciamiento, tal como ordenaba el artículo 378 del Código Orgánico Procesal Penal de ese entonces, de 2001, y como ordena el actual Código, también en el artículo 378. Podría considerarse que se vulneró el principio de cosa juzgada con esa nueva sentencia, al utilizar el recurso de revisión constitucional con el fin de anular la sentencia dictada con casi tres años de anterioridad.

4. Aplicación en el tiempo

Cuando se va a aplicar una norma jurídica es preciso verificar si la norma se encuentra vigente para el caso que se plantea y si procede su aplicación en el ámbito territorial correspondiente. Para analizar estas situaciones se habla de aplicación del Derecho en el tiempo y en el espacio. Veamos primero la aplicación en el tiempo.

A. Vigencia de la ley. La ley inicia su vigencia desde la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial o en la fecha posterior que ella misma indique (artículo 1 del Código Civil y 215 de la Constitución). Y termina su vigencia cuando es derogada por otra ley (artículo 7 del Código Civil) o cuando sea abrogada por referendo (artículo 218 y 74 de la Constitución) o cuando la norma tenga una vigencia determinada, al vencimiento del plazo.

B. *Principio de irretroactividad.* Las normas sólo se aplican hacia el futuro, a partir de su entrada en vigencia. Si se aplicara para regular casos ocurridos antes de su vigencia, se diría que se le está dando efecto retroactivo a la norma. Este principio de irretroactividad tiene una importante excepción, en el caso de las normas penales, cuando favorezcan al reo (artículo 2 del Código Penal de 2011 y artículo 24 de la Constitución de 1999). En los procesos penales las pruebas ya evacuadas, en cuanto beneficien al reo, se estimarán conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron. El principio de irretroactividad se fundamenta en ideas de justicia y de seguridad jurídica; ambas nociones serían vulneradas si no existiera el principio de irretroactividad.

C. *Problema que plantea la irretroactividad.* Aparentemente es muy clara la aplicación del principio de irretroactividad. Sin embargo, es posible que se plantee un problema en el caso de un acto que se realice en un momento dado, pero cuyos efectos se prolonguen en el tiempo. Aquí surge la duda, ¿los efectos se rigen por la norma que estaba vigente en el momento de producirse el hecho, o en el caso de que la norma haya variado, se aplica la nueva norma a los efectos que se producen después de la variación normativa? Por ejemplo, en el caso de un contrato de arrendamiento que se realiza bajo una ley determinada y luego varía la ley, alterando el canon de arrendamiento. ¿Se aplica la variación de la norma a los nuevos pagos del canon, o se sigue aplicando la ley vigente para el momento de la celebración del contrato? Para resolver el problema de la ley aplicable a los efectos futuros de un hecho pasado, se han elaborado varias teorías.

Teoría de los derechos adquiridos. De acuerdo a esta teoría el problema se resuelve estableciendo que los derechos ya adquiridos no pueden ser modificados por una ley posterior. Esta teoría, que se centra en la idea de que retroactividad sería afectar los derechos adquiridos, ha sido objeto de críticas. Es posible que haya retroactividad sin afectar derechos adquiridos, como sería el caso (que refieren Mouchet y Zorraquín) de un testamento cuyas formalidades se rigieron por la ley vigente para el momento de su otorgamiento y posteriormente hay una nueva ley que modifica esas formalidades. Mientras no muera la persona que otorgó el testamento, los herederos no tienen derechos adquiridos. Si se aplica la nueva ley al testamento otorgado bajo la ley anterior, habría retroactividad sin afectar

derechos adquiridos. Luego la tesis de los derechos adquiridos no parece ser la respuesta que resuelve cuándo hay retroactividad, pues en el caso citado hay retroactividad y no se afectan derechos adquiridos. Por otra parte, en el caso del canon de arrendamiento modificado por nueva ley, se vulneran derechos adquiridos sin que haya retroactividad, pues la ley nueva se aplica a efectos del contrato que se producen durante la vigencia de la nueva ley.

Teoría de los hechos cumplidos. Para esta teoría la clave de la irretroactividad está en los hechos cumplidos. Una nueva ley no puede alterar un hecho que se ha realizado en el pasado, bajo otra ley anterior, ni los efectos ya producidos del acto, ni los efectos futuros de un hecho ya realizado. En el caso antes citado del testamento, la validez del mismo no puede ser modificada por una nueva ley, porque se trata de un hecho del pasado, al cual no se puede aplicar la nueva ley, porque sería darle efectos retroactivos. Si el testamento sigue siendo válido, produce sus efectos en el futuro. Se puede comentar de esta teoría que queda claro que los efectos ya producidos no pueden alterarse, pero no se ve nítidamente lo relativo a los efectos futuros de hechos del pasado. Pareciera más bien que los efectos futuros caen bajo la vigencia de la nueva ley, sin que pueda considerarse que hay efecto retroactivo, al menos de acuerdo a otras teorías. Por ejemplo Planiol piensa que los efectos futuros de hechos anteriores se rigen por la nueva ley, sin que haya retroactividad. Este sería el caso de la variación del canon de arrendamiento.

D. *Principios en la legislación venezolana.* El principio de la irretroactividad y su excepción está consagrado en la Constitución, en el artículo 24 y en el Código Penal, artículo 2. La entrada en vigencia de las leyes y de su derogación aparece prevista en el Código Civil venezolano, artículos 1 y 7 y artículos 215, 218 y 74 de la Constitución. La entrada en vigencia de la ley procesal determinará su aplicación aún en los procesos que están en curso, aunque los actos y hechos ya cumplidos y sus efectos procesales futuros se regularán por la ley anterior, tal como establece el artículo 9 del Código de Procedimiento Civil venezolano.

5. Aplicación en el espacio

Hay dos principios que pueden aplicarse para determinar la vigencia en el territorio de las normas jurídicas: el principio de la personalidad o el principio de la territorialidad.

A. *Principio de la personalidad.* De acuerdo a este principio lo determinante para la aplicación del Derecho es la nacionalidad de las personas. El Derecho de las personas es aplicable independientemente del lugar en que se encuentren. Este principio era observado por las tribus bárbaras vencedoras, después de la destrucción del Imperio Romano, de modo que si en el Reino de los Francos había un visigodo, a este último se le aplicaba la ley de los visigodos; y a los antiguos habitantes del Imperio se les continuaba aplicando el Derecho Romano. Durante el Imperio Romano había el *ius civile* y el *ius gentium*, que se aplicaba a los romanos y a los extranjeros respectivamente, hasta que Caracalla, en el 212, extendió la aplicación del Derecho Romano para todos.

De modo que según este principio, en un territorio se aplican leyes extranjeras de acuerdo a la persona de que se trate. Las leyes de una nación siguen a sus ciudadanos donde quiera que se encuentren. Este principio tiene la ventaja de tomar en cuenta las peculiaridades propias de una nación y sus ciudadanos, al aplicar las leyes de acuerdo a la nacionalidad, pero atenta contra la idea de soberanía de un país, que no podrá aplicar sus leyes en el territorio correspondiente y dificultará la administración de justicia, con una pluralidad de regímenes jurídicos.

B. *Principio de la territorialidad.* Este principio significa la aplicación de un solo sistema jurídico en el territorio del Estado. Implica que cuando los nacionales salen del país, serán sometidos a la legislación propia del lugar en que se encuentran, o sea, a un Derecho foráneo. Este sistema simplifica la administración de justicia, ya que los jueces aplicarán un solo ordenamiento jurídico en el país; refuerza la soberanía de un Estado, porque se impone la voluntad del Estado en todo su territorio; pero presenta el inconveniente de que puede significar el desconocimiento de características propias de determinadas nacionalidades, que son tomadas en cuenta al dictar las leyes.

Estos dos principios han sido considerados de diferente manera a través del tiempo, como se ha señalado en parte. Surgieron distintas propuestas para determinar el Derecho aplicable, como la *doctrina de los estatutos*, que daba diferentes soluciones según el caso de que se tratara: las formas de los actos dependen del lugar donde se celebren, lo relativo a la familia se rige por el domicilio del padre o del marido, etc. También se habló de que la aplicación de la ley de la nacionalidad debía apoyarse en la *comunidad del Derecho*, por el acuerdo entre los Estados, que crea dependencias recíprocas entre los países. De esta forma se aplicaría el Derecho de un país o de otro, según la situación jurídica de que se trate.

En definitiva, podría decirse que hoy en día el principio es que se aplica la ley en todo el territorio de un Estado y para ciertos casos se acepta la aplicación del Derecho extranjero, de acuerdo a lo previsto en el Derecho Internacional Privado.

C. *Disposiciones legales venezolanas.* El artículo 3 del Código Penal de 2011 dice:"Todo el que cometa un delito o una falta en el espacio geográfico de la República, será penado con arreglo a la ley venezolana". Es decir, se consagra el principio de territorialidad. El artículo 8 del Código Civil dice: "La autoridad de la ley se extiende a todas las personas nacionales o extranjeras que se encuentren en la República". De nuevo el principio de territorialidad. Por lo demás, la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998, reemplazó a otras disposiciones del Código Civil y establece en qué casos se aplica la ley extranjera en Venezuela.

ESQUEMA DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO

1. Introducción

Aplicación, interpretación e integración del Derecho

2. Teoría Tradicional

A. Aplicación de leyes por los tribunales

B. Doctrina del silogismo

C. Críticas

3. Principios para los jueces

A. Obligación de administrar justicia

B. Competencia del juez

C. Publicidad de la actividad procesal

D. Actuación de oficio o a instancia de parte

E. Criterios para decidir

F. Autoridad de cosa juzgada

4. Aplicación en el tiempo

A. Vigencia de la ley

B. Principio de irretroactividad

C. Problema que plantea. Teorías.

D. Principios en la legislación venezolana

5. Aplicación en el espacio

A. Principio de la personalidad

B. Principio de la territorialidad

C. Historia

D. Disposiciones legales venezolanas

CUESTIONARIO

1. ¿Qué diferencia encuentra usted entre la aplicación, la interpretación y la integración del Derecho?
2. ¿Qué críticas haría usted a la teoría tradicional de la aplicación del Derecho y por qué?
3. El artículo 11 del Código de Procedimiento Civil de 1986 dice: "En materia civil el juez no puede iniciar el proceso sin previa demanda de parte, pero puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice..." Diga a qué principio para los jueces se refiere este artículo y explíquelo.
4. El artículo 19 del Código de Procedimiento Civil dice: "El juez que se abstuviere de decidir so pretexto de silencio, contradicción o deficiencia de la ley, de oscuridad o de ambigüedad en sus términos, y asimismo, el que retarde ilegalmente dictar alguna providencia, será penado como culpable de denegación de justicia". Diga a qué principio para los jueces se refiere y explíquelo.
5. ¿Por qué resulta importante el principio de cosa juzgada? ¿Hay algún recurso en Venezuela que pueda afectarlo? Razone su respuesta.
6. ¿Qué determina la vigencia de una ley? ¿De qué modo termina?
7. ¿Cuándo se presenta un problema con el principio de la irretroactividad del Derecho?
8. ¿Qué crítica haría usted a la teoría de los derechos adquiridos?
9. ¿Qué disposiciones del Derecho venezolano recuerda Ud. sobre la aplicación del Derecho en el tiempo?
10. ¿Cuáles son las ventajas e inconvenientes de los principios de la personalidad y de la territorialidad?
11. ¿Qué principio le parece a Ud. que se acoge en Venezuela? Razone su respuesta.
12. ¿Hay alguna Ley en Venezuela que regule la aplicación del Derecho en el espacio?

CAPÍTULO 20

INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

Cuando un juez tiene que interpretar el Derecho para resolver un caso planteado en su tribunal, debe utilizar ciertos procedimientos para cumplir esa tarea. Los métodos tradicionales de interpretación suponen que hay una sola interpretación correcta de cada norma y que es posible hallarla con los recursos que ellos proponen y que son examinados en este capítulo. Kelsen disiente de esa creencia y plantea ideas singulares y siempre críticas, que serán igualmente revisadas.

1. Introducción

Las normas generalmente están compuestas por palabras, es decir, signos, que tienen significados. A veces varios signos tienen un solo significado, como cuando se dice "casa", "house", "maison"; en otras oportunidades, varios significados tienen un mismo signo, como la palabra "gallina" que puede significar un ave, pero también una persona cobarde, miedosa. Por esta particularidad de las palabras, que no tienen un único sentido, se hace necesaria la labor de interpretación de las normas, para explicar lo que se quiere decir con una disposición.

Esta tarea implica, regularmente, escoger entre varias acepciones posibles de las palabras. Por ejemplo, una norma emplea el término elector, el cual puede querer decir "el que tiene derecho a elegir", pero también podría tratarse "del que efectivamente ha votado". Si en la norma no hay ninguna puntualización al respecto, el que aplica la norma tiene que decidir cómo va a entender la palabra, porque tal vez ser elector es un requisito para ser elegido diputado al Parlamento y la situación puede ser muy diferente si se trata del que tiene derecho a votar, o del que realmente votó en las elecciones de que se trate. Para el caso de que en la legislación

no haya ninguna referencia a uno de los dos sentidos, quiere decir que no hay una sola interpretación posible, y habría que preguntarse si hay una sola interpretación correcta, por lo cual, quien está interpretando hará una escogencia y fijará lo que quiere decir la disposición. Esta decisión la tomará teniendo en cuenta el conjunto de los preceptos del ordenamiento, tratando de establecer cuál era el fin perseguido por la ley, pero en definitiva, si no hay referencia expresa al sentido de la legislación, deberá seleccionar aquella acepción que le parezca más razonable según su criterio. Por cierto, la interpretación de una disposición igual a la señalada en el ejemplo, se produjo en Venezuela en el año 1969, cuando la Corte Suprema de Justicia de aquel entonces dictó una sentencia para impedir que el ex dictador Marcos Pérez Jiménez se incorporara al Congreso de la República, en el cargo para el cual había sido elegido[1]

A pesar de que la tarea descansa en última instancia en el parecer del intérprete, la mayoría de los autores cree que hay un sentido "verdadero" de las normas, aunque otros autores, como Kelsen, refutan esa opción. Mouchet y Zorraquín dicen que "interpretar las normas jurídicas significa desentrañar su verdadero sentido y alcance" (1962:222). Y creen que hay una técnica especial para ello: "La interpretación constituye una tarea técnica que tiende a investigar la inteligencia que debe darse a una norma, determinando así su campo de aplicación" (Mouchet y Zorraquín, 1962: 222).

Esta labor de interpretación deberá tomar en cuenta elementos internos a la ley (tales como las palabras, los signos de puntuación, el texto en su conjunto, el propósito de la ley) y elementos externos a ella (como sucede con los antecedentes legislativos, las circunstancias de la realidad social para el momento de creación de la norma, etc.).

2. Clases de interpretación

A. Por el sujeto que interpreta. Si la interpretación es realizada por el propio poder legislativo, se denomina interpretación auténtica o legislativa. Es una interpretación poco frecuente, que ocurriría cuando el órgano legislativo dicta una nueva norma para aclarar el sentido de la anterior.

1 Al respecto, puede verse: Tosta María Luisa, 2012, p. 143

La interpretación jurisprudencial, que es muy frecuente, corre a cargo de los órganos jurisdiccionales. Los jueces, para poder aplicar el Derecho a los casos que se les plantean, deben fijar cuál es el sentido que hay que dar a la norma y cuál es su alcance, qué casos abarca. En la Constitución de 1999 se estableció que la interpretación de las normas constitucionales realizada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es de obligatoria observancia por las otras Salas del Tribunal y por los demás tribunales de la República (artículo 335). El valor de la interpretación jurisprudencial de otros órganos diferentes a la Sala Constitucional, ya se examinó en el capítulo 17, al hablar del valor de la jurisprudencia como fuente de Derecho

La interpretación doctrinaria es la realizada por los autores de obras, artículos o monografías. La mayor parte de los trabajos jurídicos consisten precisamente en el comentario de normas de derecho positivo y señalan cómo deben entenderse. Desde luego, esta interpretación tiene carácter de sugerencia, no es una interpretación de obligatorio acatamiento. De acuerdo a la autoridad del autor, tendrá mayor o menor acogida.

La interpretación usual es la realizada a través de las costumbres de una población, que por esta vía expresa el modo como entiende la norma. A veces las disposiciones legales remiten expresamente a las costumbres locales, para fijar el sentido de una disposición. En todo caso, los usos de la colectividad ayudan a fijar la conciencia jurídica colectiva, que influye en la interpretación del Derecho.

B. *Por el objeto interpretado.* De acuerdo al tipo de interpretación que se haga respecto de una norma, ella puede ser declarativa, rectificadora o abrogatoria. Será declarativa cuando se limita a establecer lo que significa la norma. Rectificadora cuando se modifica el ámbito de aplicación de la norma, bien sea una rectificación extensiva, cuando amplía el número de casos comprendidos en la norma, o una rectificación restrictiva, cuando por el contrario restringe los casos contemplados en ella. Es más frecuente la rectificación extensiva que la restrictiva. Por último, se habla de interpretación abrogatoria, cuando la interpretación elimina la aplicación de la norma, lo cual se acepta con poca frecuencia en la doctrina y en la legislación.

3. Métodos de interpretación

A. Escuela francesa de la exégesis. Esta escuela surge al mismo tiempo que el movimiento codificador, a comienzos del siglo XIX, y le da enorme importancia a las leyes. La labor de interpretación se reduce así, al análisis del articulado de un texto legal, considerando especialmente relevante la voluntad que tuvo el legislador al redactar la norma.

La escuela utilizó básicamente dos elementos de interpretación: el gramatical y el lógico. El análisis gramatical se detiene especialmente en las palabras del texto, su orden dentro del mismo, los signos de puntuación, etc., para tratar de establecer su significado. No es lo mismo decir "Eso no puede ser incluido", que decir "Eso puede no ser incluido". Tampoco es igual "La obligación de pagar a tiempo está supuesta en la norma" que "la obligación, de pagar a tiempo, permite la renovación del contrato". Con estos ejemplos se ve claramente la relevancia del elemento gramatical para entender un texto.

El elemento lógico se ocupa más bien del espíritu de la ley antes que de sus palabras. Ese espíritu puede hallarse observando el lugar que ocupa la norma a interpretar dentro de la ley, o atendiendo a ciertos principios que se suelen denominar lógicos, pero que a veces pueden llevar a resultados opuestos, lo cual sugiere que se utilizan de acuerdo al resultado que se quiere obtener. Por ejemplo, uno de esos principios sería "al incluir a uno se excluye al otro". Si se lee el artículo 6 del Código Civil venezolano, se puede saber que no pueden renunciarse las leyes en las cuales está interesado el orden público o las buenas costumbres. Lo cual, de acuerdo al principio citado, lleva a pensar que sí pueden renunciarse las demás leyes.

Si se usa el argumento de la voluntad del legislador, se supone el apego a la ley en la tarea de interpretación; en contra de este argumento se han esgrimido diferentes razones, como lo cambiante de las circunstancias sociales, que vuelve inútil determinar lo que se proponía el legislador. El intérprete deberá decidir si le conviene apegarse a la voluntad del legislador, o razonar en contra de ella. Para conocer la voluntad del legislador pueden utilizarse los antecedentes legislativos, como los debates parlamentarios, los proyectos de ley, también es posible apelar a los motivos que llevaron a dictar la ley, etc.

B. Escuela histórica del Derecho de Savigny. La escuela histórica utiliza también el elemento gramatical y el lógico, ya referidos, pero agrega el histórico y el sistemático. Para Savigny, el Derecho debe relacionarse con la historia en la medida que lo considera un producto del espíritu del pueblo, que está en continua evolución. Habría que examinar la situación del Derecho cuando se dictó la ley a interpretar y la transformación que implicó la promulgación de la ley. En cuanto al elemento sistemático, se refiere a las conexiones de la ley con todo el sistema jurídico y el lugar que ella ocupa dentro de ese sistema.

C. Método de la libre investigación científica de Geny. Geny considera que se debe acudir en primer lugar a la ley, indagando la voluntad del legislador; pero si la ley no aporta solución, o si ha dejado de ser aplicable, hay que acudir a la costumbre, a la jurisprudencia, o a la doctrina, mediante una libre investigación científica. El juez podrá tomar una decisión de acuerdo al punto de vista que tendría el legislador si se propusiera regular la situación.

Esta doctrina tuvo mucha acogida en su momento, a pesar de lo cual debe señalarse que los recursos que da la teoría al juez pueden resultar un poco imprecisos o inaplicables, como sería el caso de la costumbre en materia penal, donde rige el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Esta teoría conserva cierta referencia a la ley, pero ya hay menos apego a ella; y por la vaguedad de los recursos que sugiere, podría producirse una situación de inseguridad jurídica, al dar al juez mayores poderes de decisión.

D. Escuela del Derecho libre de Kantorowicz. Esta escuela sí reduce definitivamente la inclinación por la ley que mantienen las otras doctrinas, proponiendo dejar a los tribunales en completa libertad para establecer lo que es el Derecho. Parte de la idea de que el Derecho se forma libremente por la conciencia jurídica colectiva, sin límites o controles, por lo cual hay que dejar autonomía a los jueces para que se guíen por ese Derecho que surge espontáneamente y que en ocasiones se opone al Derecho elaborado por el Estado. Desde luego, un margen tan grande de libertad para los jueces significa necesariamente mucha menor seguridad jurídica y el peligro de un creciente subjetivismo.

E. Legislación venezolana. La Constitución vigente contiene tres disposiciones, los artículos 2, 26 y 257, en los cuales se señala la preferencia que debe darse a la Justicia sobre el derecho positivo. Esto es un indicador de distanciamiento de la ley a la hora de hacer la interpretación. Es una novedad en el sistema venezolano, que tradicionalmente seguía de cerca la escuela de la exégesis, pero que a partir de 1999, con esta nueva Constitución, toma cierta distancia de la ley positiva. Por su parte, el artículo 4 del Código Civil, en su encabezamiento dice: "A la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador". Esta disposición consagra el elemento gramatical y el elemento lógico como herramientas de interpretación, lo cual está en conformidad con las escuelas más tradicionales en materia de interpretación del Derecho. Por último, el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil dice, entre otras cosas, "En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad", con lo cual se muestra de nuevo el apego al Derecho escrito. Agrega el artículo más adelante que en la interpretación de los contratos los jueces tienen que atender al propósito y a la intención de las partes, que es como requerir la intención del legislador en el caso de la ley, siempre, continúa, teniendo en mira las exigencias de la ley, etc. De modo que esta disposición está también dentro de una línea clásica de interpretación.

4. Doctrina de Kelsen

A. Toda norma debe ser interpretada. El autor destaca que el caso más frecuente de interpretación es el de la ley, que realiza el órgano judicial para crear una norma individual que resuelva un caso planteado; pero es necesario tener presente que también la Constitución debe ser interpretada, cuando se trata de crear leyes ordinarias u otras normas jurídicas reguladas por aquélla. Igualmente señala que las normas individuales, como las sentencias, etc., son objeto de interpretación, para concluir, por tanto, que toda norma debe ser interpretada para su aplicación (1967: 163).

B. *La norma superior determina sólo parcialmente la inferior.* La norma superior regula la forma de creación de la norma inferior y puede también determinar el contenido de ella, pero no de manera completa, ya que no

puede prever hasta en los menores detalles lo que establecerá la norma inferior. De este modo, dice Kelsen, hay siempre un margen más o menos amplio de libre apreciación a la hora de interpretar una norma para crear otra, por lo cual la tarea se presenta como un marco que es necesario llenar.

El margen de indeterminación del contenido que tendrá la norma inferior puede producirse de manera voluntaria o involuntaria por el autor de la norma superior. Si es *voluntaria la indeterminación*, significa que se deja al órgano que va a crear la siguiente norma, continuar el proceso de determinación del Derecho. Entre los ejemplos que trae Kelsen, menciona el caso de que un parlamento dicte una ley para tomar medidas en caso de epidemia, para evitar la propagación de la enfermedad, pero la determinación de cuáles serán las medidas queda a cargo de un órgano administrativo.

La *indeterminación involuntaria* se produce en tres casos: el primero cuando las palabras de la norma son equívocas, con varias significaciones posibles. El segundo, cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre lo que se dice en la norma y lo que quiso decir el autor, entre el texto de la norma y la voluntad del legislador. El tercero, cuando hay una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas ambas para el mismo caso (1967: 165,166).

C. La norma es un marco abierto de posibilidades. En los casos de indeterminación voluntaria o involuntaria hay varias posibilidades para aplicar la norma: por ejemplo, si se trata de indeterminación involuntaria, en los diferentes supuestos, el intérprete escoge un sentido u otro de las palabras del texto normativo; en otro caso, se prefiere la redacción de la norma, o la voluntad del legislador; en el último caso se anulan las dos normas contradictorias y se procede como en caso de laguna del Derecho, o se da preferencia a una de las normas, o a la otra. Esto muestra, dice Kelsen, que la norma es un marco abierto a varias posibilidades. Cualquiera sea la opción que se escoja, es un acto de aplicación de la norma, siempre que no se prefiera una opción fuera del marco que la norma permite. La interpretación de la norma no conduce, pues, a una única solución, que sería la justa. Desde el punto de vista jurídico, cualquiera de las posibilidades tiene igual valor, siempre que se encuentre dentro del marco de la norma. Desde otros puntos de vista, por ejemplo, la conveniencia política, la adecuación a la

moral, etc, una solución puede ser preferible a otra y le tocará al intérprete escoger entre varias posibilidades (1967: 166,167).

Kelsen destaca el hecho de que la doctrina jurídica tradicional tiene una forma diferente de entender la interpretación, ya que piensa en un método que permita llenar el marco de posibilidades de una forma "correcta". Es decir, que para esa doctrina tradicional sólo hay una solución correcta y el intérprete debe, por una actividad intelectual, encontrar la única opción justa (1967: 167). Parcialmente es también el caso de Dworkin, que coincide con la doctrina tradicional al creer que hay una sola interpretación correcta de una norma, pero agrega que no podemos decir cómo encontrar esta respuesta correcta (1992:12), por lo cual se hace acreedor a severas críticas.

D. La interpretación y sus métodos. A pesar de los buenos deseos de la doctrina tradicional, dice Kelsen que los diferentes métodos de interpretación conducen siempre a una solución *posible*, no a una *correcta*. Las teorías sobre interpretación no aportan un criterio objetivo para dar preferencia a uno de los intereses en juego, a la hora de interpretar una norma. El Derecho positivo no permite escoger la interpretación "justa" entre varias posibles, de modo que el tema no pertenece a una teoría objetiva sino al campo de la política jurídica.

La interpretación definitiva de una norma corresponde a un órgano que tenga competencia para crear una nueva norma, al aplicar la norma de que se trate. Un simple estudioso del Derecho no es una autoridad jurídica que pueda establecer el sentido de una norma por un acto de voluntad. Su opinión no tiene carácter obligatorio, en cambio la interpretación del órgano competente tiene fuerza de ley. Según Kelsen, la interpretación es un acto de voluntad del órgano competente (1967: 169,170).

E. Ilusoria seguridad jurídica. Si existiera una sola interpretación correcta de las normas y un método para establecerla, el Derecho garantizaría al menos seguridad jurídica, pero Kelsen dice que esa idea es ilusoria y que la Teoría Pura del Derecho, que sólo busca la verdad, se ve obligada a destruir esa ilusión (1967: 171).

ESQUEMA DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

1. Introducción

2. Clases de interpretación

- A. Por el sujeto que interpreta
- B. Por el objeto interpretado

3. Métodos de interpretación

- A. Escuela francesa de la exégesis
- B. Escuela histórica del Derecho de Savigny
- C. Método de la libre investigación científica
- D. Escuela de Derecho libre
- E. Legislación venezolana

4. Doctrina de Kelsen

- A. Toda norma debe ser interpretada
- B. La norma superior determina sólo parcialmente la inferior
- C. La norma es un marco abierto de posibilidades
- D. La interpretación y sus métodos
- E. Ilusoria seguridad jurídica

CUESTIONARIO

1. ¿Por qué es necesaria la interpretación del Derecho?
2. ¿Qué elementos toma en cuenta el intérprete?
3. ¿Cómo distingue usted la interpretación legislativa de la jurisprudencial?
4. ¿Hay en Venezuela alguna disposición sobre la interpretación jurisprudencial?
5. ¿Qué mecanismos de interpretación propone la escuela de la exégesis?
6. ¿Por qué, según Savigny, el Derecho debe relacionarse con la historia?
7. ¿Qué riesgo implica la teoría de Geny?
8. ¿Por qué hay un peligro de subjetivismo en la escuela de Derecho libre?
9. En las disposiciones legales venezolanas sobre interpretación ¿qué tendencia se sigue?
10. ¿Sólo las leyes se interpretan, según Kelsen?
11. ¿Qué casos hay de indeterminación de una norma superior con relación a la inferior?
12. ¿Qué quiere decir que la norma es un marco abierto de posibilidades?
13. ¿Qué señala Kelsen de las doctrinas tradicionales sobre interpretación?
14. Los métodos de interpretación, según Kelsen, ¿arrojan una solución correcta?
15. ¿Qué diferencia encuentra entre la interpretación de un estudioso del Derecho y de un órgano competente?
16. ¿Qué ilusión destruye la Teoría Pura del Derecho en materia de interpretación?

CAPÍTULO 21

INTEGRACIÓN DEL DERECHO

La integración del Derecho parte del supuesto de que no todos los casos que pueden presentarse como problemas jurídicos, están previstos en la ley. Habría así vacíos o lagunas en el sistema jurídico, que sería necesario llenar mediante la labor de integración. En virtud del principio de plenitud hermética del ordenamiento jurídico, este supuesto resulta lógicamente imposible, como señala Kelsen; sin embargo, el mismo autor habla de las lagunas que el legislador consagra y la intención verdadera al crear esa figura. En este capítulo se plantean las diferentes posiciones con relación al problema de las lagunas y las vías que se proponen para resolver los casos, una vez que se declara que hay laguna en el Derecho.

1. Doctrina tradicional

La doctrina tradicional en materia de aplicación del Derecho incluye la idea de que las situaciones a regular no siempre están previstas en la ley. De esta forma, se afirma que hay casos que no tienen una regulación legal, que es lo que constituye las llamadas lagunas. Es en esta situación que opera la integración del Derecho, es decir, el procedimiento necesario para subsanar esas lagunas.

Dicen Mouchet y Zorraquín que la *integración* se diferencia de la *interpretación* porque en esta última existe un principio legal que regula la situación, mientras que la integración se origina por la falta de tal principio; en segundo lugar, porque la creación del Derecho es más amplia, de mayor alcance, en la integración que en la interpretación; por último, en la interpretación hay más certeza, conduce a una solución más segura, porque hay apego a una disposición legal, cosa que no sucede en la integración, donde hay mayor riesgo de error. Por eso consideran los autores citados

que la integración es una labor más compleja, más difícil, que la simple interpretación del Derecho. La labor consiste, al estudiar la integración, en fijar los procedimientos para solucionar un caso, cuando no hay disposición legal precisa (1962: 237).

Geny, citado por Mouchet y Zorraquín, amplió considerablemente el campo de la integración, para que el juez resuelva la cuestión de acuerdo a las miras que tendría el legislador si tuviera que resolverla (1962: 238). Como quiera que dentro de esta concepción el juez podrá actuar de acuerdo a su criterio, Geny trata de establecer límites objetivos para evitar la arbitrariedad en los jueces y sugiere para ello buscar la solución en los principios revelados por la razón o conciencia moral, en la analogía y en elementos de la organización social como religión, moral, sistema político y económico (Mouchet y Zorraquín, 1962: 238,239). Pero puede observarse que los criterios limitadores recomendados por Geny son poco precisos y, en general, no eliminan el peligro del subjetivismo de quien trata de llenar las lagunas del Derecho.

2. Doctrina de Kelsen

Kelsen aborda el tema distinguiendo varias clases de lagunas. Habla de lagunas *lógicas*, lagunas *técnicas* y lagunas *admitidas por el legislador*. En el caso de *las lagunas lógicas* comienza por afirmar que las lagunas no existen, en vista del principio de plenitud hermética del ordenamiento jurídico. Textualmente dice Kelsen "todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello" (1967: 172). Es decir, que desde un punto de vista lógico, las lagunas no pueden existir, porque de acuerdo al principio de plenitud hermética las conductas, si no están ordenadas, o si no están prohibidas, nos dejan en plena libertad de actuar. No hay situaciones en las que un sujeto no sepa cuál es la conducta debida o permitida.

Este principio de plenitud hermética es un supuesto necesario de todo sistema jurídico, porque no puede pensarse que el ordenamiento regule todas las conductas humanas posibles y es indispensable que las personas sepan a qué atenerse con respecto al Derecho. Si no existiera el principio de plenitud hermética, el ordenamiento tendría que autorizar cada conducta y

bastaría un olvido del legislador para que se produjeran resultados absurdos. Por ejemplo, sin el principio de plenitud hermética, el Derecho tendría que autorizar a respirar, a comer, a dormir, etc., lo cual llevaría a una lista impensable de conductas que, al quedar fuera de las previsiones legislativas por un olvido, no estarían permitidas por falta de autorización expresa. Afortunadamente el sistema cuenta con el principio citado, de acuerdo al cual basta que una conducta no esté prohibida, para que esté permitida; y es suficiente que, en ausencia de obligación expresa, no se pueda obligar a una persona a realizar determinada conducta. En consecuencia, todas las conductas o están ordenadas, o no son obligatorias; y por otra parte, si no están prohibidas, están permitidas. ¿Qué laguna puede haber en un sistema jurídico? Es por esto que Kelsen comienza por negar la existencia de las lagunas.

En torno a este asunto, Kelsen observa que a veces la solución que se desprende del sistema, con el razonamiento anterior, no parece justa o conveniente a algunas personas y es entonces cuando se dice que el legislador no ha pensado en ese caso y que si lo hubiera hecho, habría adoptado una decisión diferente a la que se desprende de las leyes, de acuerdo al principio de plenitud hermética. Aún en estos casos, Kelsen considera que el juez está obligado a aplicar las leyes tal como han sido establecidas por el legislador y no como podría haberlas creado.

La conclusión de Kelsen en este punto es que cuando se pretende ver una laguna, lo que hay en verdad es una divergencia entre el derecho positivo y el derecho natural tal como lo concibe el juez, el cual sería para él un Derecho más justo. De modo que de lo que se trataría es de reemplazar una norma del derecho vigente, por otra que se considera más conveniente o más justa. Por eso para Kelsen el caso de las lagunas en realidad consiste en una ficción del Derecho (1967: 172 a 174).

Aparte de este caso de las lagunas lógicas, dice Kelsen que se suele hablar de *una laguna técnica* cuando se ha omitido dictar una norma, necesaria para la aplicación de la ley, cosa que puede subsanarse, según la doctrina tradicional, llenando la laguna. En realidad, dice Kelsen, aquí lo que hay es la misma situación anterior y no existe laguna. Si, por ejemplo, la ley habla de una elección y no señala el procedimiento para realizarla, esto significa que el órgano encargado de la elección debe fijar el procedimiento en una

norma inferior. En el caso de que una ley contenga una disposición absurda, y tal eventualidad puede presentarse pues las leyes son obras humanas, de ninguna manera el intérprete puede encontrar sentido a esa disposición (1967: 174 a 176).

Finalmente, en cuanto a *las lagunas admitidas por el legislador*, cuando éste dice expresamente que en los casos donde no hubiera disposición precisa de la ley el intérprete puede resolver el caso de tal o cual forma, en realidad la ley lo que hace es autorizar al juez para hacer caso omiso de lo dispuesto por el Derecho vigente, si le parece que tal cosa es inaceptable (1967: 176).

Kelsen afirma que efectivamente hay casos en que es necesario corregir los efectos de una ley y el legislador no tiene otro recurso que el de autorizar al juez a sustituirlo. Convierte al juez en legislador, lo cual puede ser peligroso. Para minimizar los riesgos, el legislador concede estas facultades al juez de manera que no se perciba los poderes tan amplios que la ley está concediendo y espera que el juez haga uso raramente de esta autorización (1967:177).

3. Medios de integrar el Derecho

Prácticamente todas las legislaciones consagran la figura de las lagunas y los medios para solventarlas. Los mecanismos que más frecuentemente da la ley al juez para llenar las lagunas son la analogía y los principios generales del Derecho. Aquí se mencionarán también otros medios de integración.

A. *La analogía.* Ya mencionada en el capítulo 17 de esta *Guía*, la analogía es una forma de razonamiento que parte de la igualdad o semejanza de términos, para establecer una extensión del conocimiento que es sólo probable, no segura o cierta. La analogía es utilizada frecuentemente en poesía, en filosofía, en el lenguaje ordinario, etc., y tiene especial importancia en el Derecho (Tosta, 2009: 103 y ss.). Por ejemplo, cuando se dice "la vejez es el atardecer de la vida", se está estableciendo semejanza entre el día y la vida, señalando que lo mismo que es el atardecer para el día, es la vejez para la vida.

De modo que el punto de partida es la igualdad o semejanza de dos objetos y va de lo particular a lo particular análogo. Por ejemplo, los objetos

A y B son semejantes en determinadas características que se conocen. Luego se observa una característica en A, que no se sabe si existe en B, pero que por la semejanza que hay entre A y B, se concluye que también debe estar en B. Esto podría no ser cierto, de modo que la analogía no aporta la certeza que puede suministrar un silogismo, que va de lo general a lo particular, esto último incluido en lo general. El razonamiento por analogía se limita a suponer como probable una afirmación sin garantías de validez. Es, por ejemplo, un razonamiento por analogía, decir que dos objetos son semejantes porque ambos son del mismo material. Como uno de los dos se cayó al suelo y no se rompió, esto induce a pensar que el otro tampoco se romperá en las mismas circunstancias. La conclusión es sólo probable.

En el Derecho la analogía se utiliza cuando se supone que hay un vacío en la legislación, que el intérprete puede llenar. Este mecanismo viene usándose desde la época de los jurisconsultos romanos. Es necesario que haya un caso regulado por la ley y otro caso, muy semejante al primero, que no tiene regulación alguna. Entonces, en vista de la similitud de los dos casos, se concluye que la ley que regula al primero puede aplicarse al segundo, porque a ambos casos se los valora de manera semejante. Los dos casos no son coincidentes en todas sus características, sino en algunas, pero esto basta para suponer que el motivo que hubo para dictar la ley en un caso, permite aplicarla al otro caso no previsto.

En Derecho hay dos clases de analogía: la *analogía de la ley* y la *analogía del Derecho*. Hay que suponer una laguna en los dos casos. En la *analogía de la ley* se establece una semejanza del caso que debe resolverse, que se ha declarado como no previsto en la ley, con otro caso regulado por una norma. A partir de la semejanza entre los dos casos, se extienden los efectos de la norma del caso regulado, al caso no regulado. Bobbio dice que la semejanza entre los dos casos debe ser una semejanza relevante (1999: 235). Desde luego, es el juez el que va a decidir si hay suficiente semejanza como para aplicar una norma a los dos casos.

En cuanto a la *analogía del Derecho*, no se parte de una disposición normativa sino de varias, para establecer los principios que las informan y de esos principios se derivan las consecuencias aplicables al caso no previsto en la ley. De modo que de varias normas se abstraen los principios que

las orientan y es de esos principios de los que se hacen derivar los efectos jurídicos para el caso no previsto. Este último caso de analogía se puede confundir con el otro procedimiento que se suele sugerir para resolver las lagunas: los *principios generales del Derecho*

La analogía se usa no sólo en el caso de subsanar lagunas del Derecho. Tiene también otro uso, del cual se habló en un capítulo anterior, que no ha sido destacado frecuentemente. Es en el caso de la llamada subsunción en la elaboración de una sentencia. La explicación más frecuente de la Doctrina entiende que la subsunción consiste en incluir el caso particular planteado en un tribunal, dentro del supuesto de hecho de una norma general. El juez entonces declararía que el caso está incluido en la norma.

La explicación de la labor del juez cuando elabora sentencias, que aquí se ha propuesto, es diferente. No se acepta que el caso particular esté incluido en la norma general. El caso a juzgar es una situación compleja, respecto de la cual es necesario establecer el sentido de los hechos que la integran y el del Derecho que se considera aplicable, todo lo cual es controvertido en el juicio. Lo que emerge del proceso no es una simple parte del todo descrito en la norma. Es una situación compuesta de muchos elementos, donde son debatidos los hechos y el Derecho, su alcance y su significado. En medio del debate, de los argumentos de las partes, el juez tendrá que decidir el sentido tanto de los hechos como del Derecho aplicable.

En la sentencia no se trata de una deducción, de una inferencia inmediata, como cuando se dice en un silogismo: todos los hombres son mortales, Sócrates es hombre, luego Sócrates es mortal. Sócrates es parte de todos los hombres y la conclusión es necesaria, a Sócrates le corresponde el mismo predicado que a todos los hombres. En un proceso judicial la situación es mucho más compleja y controvertida. En el silogismo las dos premisas son aceptadas sin discusión, en cambio los hechos y el Derecho aplicable al caso, no son uniformemente aceptados.

De tal forma que lo que el juez hace es una razonamiento por analogía. Compara el caso que debe sentenciar con el supuesto de hecho que la norma escogida describe y si se encuentra suficiente semejanza entre ellos, decide extender la consecuencia jurídica de la norma a la situación planteada en el proceso.

B. Los principios generales del Derecho. Se entiende por principios generales del Derecho los lineamientos básicos de un sistema jurídico. Se trata de proposiciones muy abstractas, que dan fundamento al Derecho; son los criterios directivos, las ideas que sirven de cimiento al conjunto de normas. Según algunos autores, estos principios se abstraen de las normas de derecho positivo. Según otros, la abstracción se hace a partir del derecho natural, e incluso se dice que se toman del Derecho Romano. Si se adopta la idea de que la abstracción se hace a partir del derecho positivo, no se puede distinguir la *analogía del Derecho* de los *principios generales del Derecho.* En cambio hay cierta diferencia a partir de los principios de derecho natural, ya que habrá un grado mayor de abstracción en este caso. En el Derecho venezolano la legislación parece hablar de la analogía de la ley y de los principios generales del Derecho como dos cosas diferentes.

Los principios generales del Derecho o principios jurídicos cumplen varias funciones en el ámbito jurídico. Tienen un papel en la tarea de fundamentación del Derecho; sirven de orientación en las labores de interpretación jurídica; su cometido fundamental se cumple en la integración, cuando se presenta el caso de laguna en el sistema jurídico. Si de lo que se trata es de llenar una laguna mediante los principios generales del Derecho, hay que observar que el trabajo intelectual que se realiza con este fin comprende varios pasos. Es necesario comenzar con un primer razonamiento, mediante el cual se extraen y se enuncian los principios básicos del sistema jurídico. Luego, el juez pasa en un segundo momento a decidir cuál sería la consecuencia jurídica derivada de esos principios, que puede aplicarse al caso de autos, para, finalmente, dar razones de su escogencia.

No se debe confundir la idea de los *principios generales del Derecho* con lo que se denomina *orden público.* Se puede definir al orden público como el conjunto de principios o instituciones que son esenciales a una estructura social determinada. Sería el caso de la propiedad privada, o la libertad de contratar, para una estructura social como la que tiene la sociedad liberal burguesa. En cambio la importancia de la ley sobre otras formas de expresar Derecho, como la costumbre, la jurisprudencia, etc., es un principio general de los sistemas jurídicos Romano-Germánicos, pero no es esencial al sistema liberal burgués (Tosta, 2009: 109,110).

C. La equidad. La equidad se refiere a la administración de justicia que se aparta de la ley, para seguir principios de conciencia, en atención a circunstancias del caso concreto. Esta modalidad de hacer justicia existía ya en la Grecia Clásica y Aristóteles habló de ella. En nuestros días el Derecho sigue haciendo uso de la equidad.

En el Código de Procedimiento Civil venezolano está prevista la posibilidad de que la ley faculte al juez para decidir con arreglo a la equidad (artículo 12). Y en otra disposición dice que el juez decidirá el fondo de la causa con arreglo a la equidad, cuando las partes de común acuerdo así lo soliciten y la controversia se refiera a derechos disponibles (artículo 13). También el Código se refiere al arbitramento, cuando la controversia es resuelta por árbitros, diciendo que los árbitros arbitradores procederán con entera libertad, atendiendo principalmente a la equidad (artículo 618). De modo que las causas, en determinadas circunstancias, salvo ciertas materias donde no cabe transacción, pueden ser decididas por árbitros y no por jueces. Los árbitros pueden ser arbitradores o de Derecho. Los de Derecho tienen que resolver con apego a la ley, pero en cambio los árbitros arbitradores deben atender principalmente a la equidad. Si no hay acuerdo entre las partes, se entenderá que son árbitros de Derecho.

D. Las presunciones. La presunción es una forma de razonar de la ley o del juez, a partir de un hecho conocido y con respecto a otro hecho que se desconoce. Se establece una vinculación entre el hecho conocido y el desconocido, por razones de probabilidad o de conveniencia (Tosta, 2009: 116 a 118).

De acuerdo a quien establezca la presunción se hablará de presunción legal o de presunción judicial. En cuanto a la posibilidad de desvirtuar la presunción, se dice que hay presunciones *relativas* o *iuris tantum* y presunciones *absolutas* o *iuris et de iure*. La relativa admite prueba en contrario, no así la absoluta. Ejemplos de presunción *iuris tantum* lo constituyen el caso del marido, que se presume es el padre del hijo nacido durante el matrimonio, o dentro de los 300 días siguientes a su disolución o anulación (artículo 201 del Código Civil venezolano); algo similar ocurre con el hombre que vive en concubinato notorio con una mujer, para la fecha del nacimiento del hijo. Ambas presunciones admiten prueba en contrario, como también la del lapso de la concepción. En estos casos hay un hecho

conocido, por ejemplo el concubinato, y un hecho desconocido, pero que se presume: la paternidad del hombre que vive en concubinato.

En cambio un ejemplo de presunción *iuris et de iure* es el caso de la cosa juzgada. Cuando hay una sentencia definitivamente firme respecto de algún caso, la ley presume la verdad de esa decisión y no admite prueba dirigida a demostrar la falsedad de la sentencia. De modo que se puede oponer el efecto de cosa juzgada a quien pretenda volver a demandar con relación al mismo caso, siempre que la nueva demanda verse sobre la misma cosa, se funde sobre la misma causa, se refiera a las mismas partes y que ellas vengan al juicio con el mismo carácter que en el anterior.

Como se puede ver, las presunciones son consecuencias que la ley o el juez sacan de un hecho conocido, para establecer uno desconocido (artículo 1.394 del Código Civil venezolano).

E. Las ficciones. A veces la figura de la ficción se confunde con la presunción, pero no hay razón para ello. Ya se dijo que en la presunción se parte de un hecho conocido y se establece, como consecuencia, un hecho desconocido. En la ficción se está en presencia de un procedimiento de técnica jurídica por el cual se altera una realidad material, por razones de equidad, de conveniencia, utilidad, etc., para fundamentar en esa alteración un derecho.

Fingir es dar a entender lo que no es cierto, es aparentar, simular algo. Cuando se aplica al Derecho esta figura, la ley, la jurisprudencia, los estudiosos, se apartan de lo que dice la realidad material, para afirmar algo falso, para deformar la realidad, con el propósito de atribuir a esta falsedad los mismos efectos jurídicos que se establecen para una situación que sí describe la realidad. Por ejemplo, si una norma jurídica consagra una serie de deberes y derechos a los individuos de la especie humana a partir de su nacimiento, una ficción es la que establece el artículo 17 del código civil venezolano, cuando dice que el feto se considerará como nacido cuando se trate de su bien. Se sabe que se altera la realidad cuando se pide que se tenga al feto como nacido, pero esa simulación tiene la finalidad de atribuir a los fetos los mismos efectos jurídicos que a los individuos que ya han nacido. Se considera útil que las criaturas engendradas puedan tener derechos, que

puedan recibir una herencia, por ejemplo; entonces el texto legal ordena que se considere a ese concebido como ya nacido.

Mientras que en la presunción se parte de un hecho conocido, por ejemplo que una mujer que vive en concubinato tiene un hijo, para derivar una conclusión que no se conoce y de la cual no hay certeza: que el padre de ese niño es el hombre con el cual vive en concubinato la mujer, en la ficción, en cambio, se altera la realidad, al afirmar que se va a considerar que un feto es un ser humano que ya nació. Como se puede observar, son dos procedimientos diferentes. Sin embargo, en ambos casos hay la creación de efectos jurídicos, deberes y derechos, para las dos situaciones.

La ficción puede ser creada por ley, ficción legal, como cuando una norma de Derecho Administrativo atribuye efectos jurídicos al silencio de un órgano, o cuando el Código Civil considera inamovibles a bienes muebles, etc. Puede hablarse de ficción negocial, si es creada por las partes en un negocio jurídico, como cuando se pide que se considere como domicilio un lugar, que efectivamente no lo es. Puede ser jurisprudencial, si la ficción es establecida por el juez en una sentencia, cuando afirma algo relativo a una adopción, que plantea considerar como paternidad natural. O puede ser doctrinal, como la famosa ficción de la norma fundamental de Kelsen, para legitimar el Derecho[1].

F. Algunas disposiciones legales venezolanas. El Código Civil en su artículo 4, aparte único, dice que: "Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulen casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho". Es claro, entonces, que en Derecho Civil y en otras materias donde no hubiere disposición expresa sobre el particular, se observará esta previsión. El orden que hay que tener en cuenta a la hora de aplicar Derecho es, en primer lugar, *la ley*, en ausencia de ella, *la analogía* y en defecto de la analogía, *los principios generales del Derecho*.

1 Resulta muy ilustrativo el análisis de Agustín Luna Serrano, en "las Ficciones del Derecho", su discurso de incorporación a la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona, 2004.

El Código de Comercio en su artículo 9 dice: "Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo que apreciarán prudencialmente los Jueces de Comercio". De modo que en Derecho Mercantil también hay que atender primero a lo que establece *la ley* y en su defecto, se acude a *la costumbre mercantil*.

En materia Penal, en cambio, sólo puede atenderse a *la ley*, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1 del Código Penal: "Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente".

En Derecho Internacional Privado el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado dice: "En los casos de aplicación del Derecho Internacional Privado, los jueces atenderán primero a los tratados públicos de Venezuela con el Estado respectivo, en cuanto al punto en cuestión; en defecto de tales tratados, aplicarán lo que sobre la materia dispongan las leyes de la República o lo que se desprende de la mente de la legislación patria; y en último lugar se regirán por los principios de dicho Derecho aceptados generalmente". Es decir, que el orden de aplicación establecido es el de los *tratados internacionales suscritos por Venezuela* en primer lugar; en su defecto, lo que dispongan *las leyes* o lo que se desprenda de la intención de la legislación; y por último, *los principios de Derecho Internacional Privado* aceptados generalmente.

Cabe observar que la analogía, los principios generales del Derecho, la equidad, las presunciones y las ficciones son todas formas de razonamiento que tendrá en cuenta el encargado de aplicar el Derecho. No parece por tanto razonable la opinión de quienes incluyen estos medios en la lista de fuentes formales del Derecho, ya que ellas han sido entendidas como formas de expresar normas jurídicas. Es claro que la ley, la costumbre, etc., son formas de expresar normas, pero la analogía, los principios generales del Derecho, la equidad, las presunciones y las ficcionesas no expresan normas sino que constituyen mecanismos de razonamientos al momento de aplicar Derecho, por ejemplo para crear una sentencia, la cual sí es una forma de expresar una norma jurídica.

ESQUEMA DE INTEGRACIÓN DEL DERECHO

1. **Doctrina tradicional**
2. **Doctrina de Kelsen** lagunas lógicas
   lagunas técnicas
   lagunas del legislador
3. **Medios de integrar el Derecho**
   A. La analogía
   B. Los principios generales del Derecho
   C. La equidad
   D. Las presunciones
   E. Las ficciones
   F. Algunas disposiciones legales venezolanas

CUESTIONARIO

1. ¿Qué distinciones podrían encontrarse entre la interpretación y la integración?
2. ¿Hay límites objetivos para la posible arbitrariedad de los jueces al llenar las lagunas?
3. ¿Cómo relaciona Kelsen el principio de plenitud hermética con el problema de las lagunas?
4. ¿Qué dice Kelsen de las lagunas técnicas?
5. ¿Por qué el legislador admite el caso de las lagunas, según Kelsen?
6. ¿En qué consiste la analogía?
7. ¿Cuántas clases de analogía hay en el Derecho, para subsanar lagunas?
8. ¿Qué relación hay entre la analogía y la llamada subsunción del Derecho?
9. ¿En qué consisten los principios generales del Derecho?
10. ¿Son iguales los principios generales del Derecho y el orden público?
11. ¿De dónde parten los principios generales del Derecho según los diferentes autores?
12. ¿Qué es la equidad?
13. ¿Se aplica la equidad en el Derecho venezolano?
14. ¿Qué son las presunciones?
15. ¿Cómo se diferencian las presunciones *iuris tantum* de las *iuris et de iure?*
16. ¿Podría citar ejemplos de presunciones en el Derecho venezolano?
17. ¿Cómo se distingue la presunción de la ficción?
18. ¿Que caracteriza la ficción legal, la negocial, la jurisprudencial y la doctrinal?

19. En materia Civil ¿cuál es el orden de aplicación del Derecho?
20. ¿Y en materia Mercantil?
21. ¿Cree Ud. que se puede aplicar la analogía en el Derecho Penal?
22. ¿Qué orden atenderán los jueces en los casos de aplicación del Derecho Internacional Privado?

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFTALIÓN, GARCÍA OLANO Y VILANOVA, 1980, *Introducción al Derecho,* Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires

ARISTÓTELES, 1961, *Ética Nicomaquea*, UNAM, México

ATIENZA, Manuel, 1998, *Introducción al Derecho,* Distribuciones Fontamara, México

BOBBIO, Norberto, 1999, *Teoría General del Derecho,* Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá

CABANELLAS, Guillermo, 2003, *Diccionario jurídico elemental,* Editorial Heliasta,Buenos Aires

CASTÁN TOBEÑAS, José, 1955, *Derecho Civil español. Común y foral,* Tomo I, Instituto Editorial Reus, Madrid

DE RUGGIERO, Roberto, s/f, *Instituciones de Derecho Civil,* Tomo I, Instituto Editorial Reus, Madrid

DOMÍNGUEZ, María Candelaria, 2011, *Derecho Civil I Personas,* Ediciones Paredes, Caracas

DUVERGER, Maurice, 1981, *Los naranjos del lago Balatón lo muerto y lo vivo en la Ciencia social de Marx,* Ariel, Barcelona Caracas México

DWORKIN, Ronald, 1992, *El Imperio de la Justicia,* Gedisa, Barcelona, España

EGAÑA, Manuel, 1963, *Notas de Introducción al Derecho,* Editorial Criterio, Caracas

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, 1964, *Introducción al estudio del Derecho,* Porrúa, México

GARCÍA PELAYO, Manuel, 1953, *Derecho Constitucional Comparado,* Revista de Occidente, Madrid

KANT, Emmanuel, 1968, *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho,* UNAM, México

KELSEN, Hans, 1967, *Teoría Pura del Derecho,* Eudeba, Buenos Aires

LARES MARTÍNEZ, Eloy, 1988, *Manual de Derecho Administrativo,* Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Caracas

MADURO LUYANDO, Eloy, 1967, *Curso de Obligaciones, Do. Civil III,* UCAB, Caracas

MESSINEO, Francesco, 1954, *Manual de Derecho Civil y Comercial,* Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires

MOLINA, René, 2005, "La creación judicial del Derecho: El fin de la democracia" en *XXX Jornadas J.M. Domínguez Escobar,* Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto

MOUCHET Y ZORRAQUÍN, 1962, *Introducción al Derecho,* Editorial Perrot, Buenos Aires

NINO, Carlos Santiago, 1983, *Introducción al análisis del Derecho,* Editorial Ariel, SA, Barcelona

RAMOS, César José, 1992, "Situaciones de hecho. Consideraciones sobre la recepción del Hecho en el Derecho de Familia venezolano" en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas,* Nº 85, UCV, Caracas

TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel A., 2013, *Problemas Fundamentales del Contencioso Administrativo Venezolano en la actualidad,* Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas

TOSTA, María Luisa, 2003, *El Derecho como Prudencia,* Vadell Hermanos Editores, Caracas

TOSTA, María Luisa, 2007, *Evolución reciente del Derecho venezolano,* Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Caracas

TOSTA, María Luisa, 2009, *Lo racional y lo irracional en el Derecho,* Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Caracas

TOSTA, María Luisa, 2012, *Ensayos de Filosofía del Derecho,* Ediciones Paredes, Caracas